

## 共有と合有（二）

——財産法における権利の構造（五）の二——

鷹 巢 信 孝

一 はじめに

二 共有と合有の区別・連関構造

第六節まで……………二五卷六号

第七節以下……………本号

三 共有者の相互関係と対第三者関係

四 建物区分所有者の法律関係

五 むすび

## 二 共有と合有の区別・連関構造（続）

七 共有の法的構成については、民法制定当時の分量説に対して所有権説が台頭し、有力になって行つたが、共有の成立原因を当事者の意思に基づく場合と、意思に基づかない場合とに分けて説明する方法は、今日に至るまで受け継がれている。<sup>（八六）</sup>そして、民法制定当時は当事者の意思に基づく共有の典型として、共同購入や組合が考えられて

いたが、大正期におけるドイツ民法学の影響により合有概念が導入され、昭和に入つて組合における共同所有を合有と解する説が支配的になるとともに、組合が当事者の意思に基づく共有の典型的事例から除外されるようになったのは、当然の成り行きであつた。

他方、共有と合有を学説ほど明確には区別しない判例は、他人の土地を借りて礼拝所を建設した檀徒が、共同出資してその土地を購入した場合や、漁業権者が網干場等として使用するために旧藩時代に藩から共同で貰い受けた土地につき、これを組合ないし総有団体に帰属していると見るべきか、単なる共有にすぎないと解すべきかが争点となつてゐるにもかかわらず、当事者間に明示的な組合契約が締結されていなかったためか、この点を十分に検討しないまま共有として処理しており、学説もこの判例の見解を支持してゐる。

しかし、組合の目的とする事業は営利事業たると非営利事業たるを問わないし、一時的な事業のために組合を作ることでも可能である（当座組合）。だとすれば、複数人が共同購入したり、共同で譲り受けた物を共同利用している場合、そこに共同事業性を認めることができるかどうか、もつと慎重に判断すべきである。

因に、最近の新聞報道によれば、暴力団の組員による恐喝事件に関して、暴力団の活動は「事業」に当るとして民法七一五条に基づき、組長の使用者責任を問う訴訟が千葉地裁に提起されたとのことである。原告側のこの法律構成には、市民社会のルールを意識的に破る活動を主たる「事業」目的とする暴力団に対しても、市民法のルールをそのまま適用しうるかという問題と同時に、違法な目的の団体であつても、それが解散するまでの間は、その違法な行為は団体の行為として取扱われるのか、という興味深い問題を投げかけてゐる。

それはさておき、通説の立場では共有と合有の間には、持分譲渡の自由や分割請求権の有無という違いがあるとされているが、両者の違いはそれだけに止まらず、共同所有物の管理や処分に関する意思決定の方法や、その管理や処分に伴う債務の性質にも違いがある。また、共同所有関係をめぐる紛争につき、その内容次第では誰が訴訟当

事者となるのか（なりうるのか、なるべきなのか）という点に違いが生じうる。したがって、問題となる共同所有が単なる共有にすぎないのか、組合的合有なのかを区別すること、とりわけ、どのような基準によって区別するのかは、重要な問題となるはずである。

まして、私見のように合手組合は各組合員によって担われながらも、各組合員とは別個の法主体性をもつ団体であると解し、組織の一体としての組合財産や、それを構成する個々の積極・消極財産は各組合員ではなく組合、即ち共同事業目的のために結合している組合員総体に帰属し、その管理・使用・収益・処分権能は共有持分の発動としてではなく、組合の業務執行として行われ、各組合員に認められる収益分配請求権や組合財産利用権も共有持分に基づくのではなく、組織の一体としての組合財産に対する総持分の発現形態であり、各組合員には組合財産を構成する個々の財産に対する物権的持分（共有持分）は存在しないとする立場からすれば、共有と組合的合有は存在の次元を異にする共同所有形態である。したがって、何を基準にして共有と組合的合有を区別するかということは、理論的に避けて通ることのできない重要な問題となる。

この問題につき、於保博士は「明示または黙示に組合への加入または脱退についてなんらかの定めがあるか否かによって決するほかはない」とされている。しかし、なぜこのような基準を採用されるのか、その理由は明らかにされていない。於保博士は共同事業は一回限りの物品購入・販売でもよいとされ、一個の物の共同利用であつてもよいと解されているとされるが、右の基準では一回限りの物品の共同購入や販売をする場合、それが当座組合なのか単なる共有にすぎないのかを区別することはできないであろう。ただし、一回限りの共同事業では、加入や脱退を予じめ想定することはそれほど多くないであろうと思われるからである。

したがって、この区別問題を理論的に解決するためには、単なる思いつきではなく、共有や組合の論理構造に即した基準を立てるほかはないであろう。つまり、共有においては各共有者がそれぞれ有している排他的支

配意思が、一個の所有権としての持分権の本質をなし、各共有者はそれぞれに排他的支配力（その発現形態である物権的請求権）と支配権能（使用・収益などの諸権能）を有している。これに対して、組合にあつては、複数人の間に形成された共同事業意思が本質をなし、この共同目的の下に結合した複数人が一体となつて（各組合員とは別個の法主体として）目的物を支配し、管理・使用・収益あるいは処分をする。したがつて、各組合員は業務執行権を介して目的物の支配・管理等に關与し、総持分（配当請求権等の基になる価値持分 Wertanteil）ないし施設利用権の基になる利用持分 Nutzungsanteil）を介して組合財産の使用ないし収益に与る。

共有と組合的合有の間に、このような違いを認める私見からすれば、兩者を區別する基準は、複数人の間で支配の目的物を共通にするが故に排他的配意思の内容にも共通性が認められるにすぎないのか、それとも複数人の間に共同事業意思が形成され、所有権の客体たる物を共同して支配する意思が形成されているか、に求めることができるであろう。要するに、支配客体に対する管理権のみならず、使用・収益権、さらには処分権さえも人的結合体たる団体に帰属し、構成員の利用権や収益分配請求権は団体に対する權利として存在しているのか、それとも使用・収益等の諸権能は一個の所有権である持分権の現象形態として、各個人に直接的に帰属しているのかということが、区別の基準になると一応はいえそうである。しかし、共有と合有をこのような基準によつて抽象的には區別するとしても、共同所有關係を成立させたり、維持したり、解消させる具體的場面において、共有と合有、あるいは共有關係と組合關係の間に何の関連性もないのであろうか。共同所有論の見直し作業は、この点にまで立入つて検討する必要がある。

注（八六） 前掲「注二三」の富井・一六〇頁、松波ほか・六三八頁以下・六七六頁以下、川名・一一五頁以下、三瀧・一二六頁以下、中島・四四〇頁、石田文・物權法論四八六頁、岩田・七〇頁以下、松岡・六〇六頁、末川・三〇九頁以下、林・一三三頁、新田・講義二二五四頁以下。新田・前掲「注一二」百年七十一頁。前掲「注二四」の末弘・四二七頁以下、田島・

一八三頁注(1)、近藤・物權法論八二頁、舟橋・三七六頁以下。川井・前掲〔注三三〕三〇六頁以下、前掲〔注六〕の高島・物權法制二一五頁以下、稲本・二九九頁。なお、岡松・前掲〔注三二〕二二〇頁以下は組合契約による場合と、それ以外の場合に分けられる。

因に、来栖三郎「共同相続財産に就いて(一)」法協五六卷二号(一九三八年)四〇頁によれば、ローマ法源は偶然の共有と契約關係を基礎とする共有に分けていたとされる。なお、ドイツでは持分共同体ないし共有の成立につき、法律による場合と法律行為による場合とに分けて説明するのが一般的である(z.B. Larenz, a.a.O. [N.8], S.320; Enneccerus-Lehmann, a.a.O. [N.8], S.761; Hadding, a.a.O. [N.8], Rz. 1f. zu § 741 (S. 237); Huber, a.a.O. [N.17], Rz. 4ff. zu § 742 (S. 58ff.); Schmidt, a.a.O. [N.17], Bd. 3, Rz. 27ff. zu § 741 (S. 831); Derselb. a.a.O. [N.30], Bd. 4, Rz. 7ff. zu § 1008 (S. 1000ff.); Westermann, a.a.O. [N.30], S. 125; Westermann-Gursky-Pinger, a.a.O. [N.30], S. 181; Palandt-Bassenge, a.a.O. [N.30], § 1008 Ann. 2 (S. 1095); Palandt-Thomas, Bürgerliches Gesetzbuch, 41. Aufl., 1982, § 741 Ann. 2 (S. 730); Stürner, a.a.O. [N.30], Rz. 5 vor § 1008 (S. 790); Medicus, Schuldrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 1987, S. 218).

(八七) 前掲〔注三三〕の梅・一九一頁、富井・一六〇頁、中島・四四〇頁、三瀧・一二六頁、一三二頁以下。因に、山田誠一「共有者間の法律關係(二)」法協一〇二卷一号(一九八五年)一一九頁以下によれば、ボワソナードは共同購入を共有が成立する主な場合の一つに数えていたし、共有地を共同耕作して收穫を分配する場合や、これを区画して各共有者が専用使用する場合を共有物の使用の例としてあげ、共有物の賃貸借契約の締結を共有物の管理行為の例としてあげているが、ここに今日の通説の基盤があるとともに、本節以下において検討する問題点が遺憾なく示されている。

(八八) 合有(ないし總有・連有・同有)という概念が知られるようになった後も、わが民法に規定がないという理由で、この概念を受容しない説(前掲〔注三三〕の三瀧・一二六頁、中島・四三三頁)や、「甲乙相合スルニ依リテ特別ノ權利ノ主体タル別人ヲツクルモノ」だから、理論的に考えられないとする説(川名・前掲〔注三二〕一一四頁)、ドイツの通説となっていた不分割共同權説を正しく理解した上で、「共有ノ性質ヲ有スル入会權」をその典型的事例とするものの(末弘・前掲〔注二四〕四〇八頁、同・物權法下巻「有斐閣書房・一九二八年」六七三頁・六七八頁以下・六九五頁以下)、民法上の組合については単なる共有と解する説(末弘・前掲〔注二四〕四二八頁、同・債權各論「有斐閣・一九二二年」八二七頁以下。同旨、勝本・前掲〔注二四〕一五六頁)も見られた。

(八九) 最判・昭和三年七月二日・民集二二卷二二号一八〇五頁は、「組合財産の合有」という表現を用いてはいるが、これを持分について制限のある共有と解し、民法六六七条に特別の規定がない限り、民法二四九条以下の適用があるとする。

因に、本判決は組合財産についての不正登記抹消請求を民法二五二条但書の保存行為に当たるとし、持分権者の一人が単独でなしうるとする。

(九〇) 大判・大正六年四月一八日・民録二三輯七九八頁。

(九一) 最判・昭和二年四月一九日・民集五卷五号二五六頁。

(九二) 共同購入ないし共同譲受によって取得した場合を共有とする見解として、前掲〔注八七〕の学説のほかに、前掲〔注二三〕の石田(文)・物權法論四八六頁、松岡・六〇六頁、岩田・七〇頁、末川・三〇九頁、新田・講義二二五三頁以下。前掲〔注二四〕の末弘・四二八頁、田島・一八三頁注(1)、我妻・二二二頁、我妻Ⅱ有泉・三一八頁、勝本・一四八頁、舟橋・三七六頁、川井・前掲〔注三三〕三〇七頁、稲本・前掲〔注六〕二九九頁、高島・前掲〔注六〕物權法制二一四頁、鈴木・前掲〔注八〕二五頁、塩崎・前掲〔注三一〕三七頁。但し、我妻博士や川井教授は組合關係が成立している場合もあるとされる。

(九三) 因に、稲本洋之助「区分所有における管理と規約へその一」不動産鑑定八卷四号(一九七一年)五九頁は、区分所有者間の共通事務の処理は、それ自体が一つの積極的な業務となり、それを共同事業として社團を結成することができるとされ、鈴木・前掲〔注八〕三六頁は区分所有者が共用部分を修理することを一時的な共同事業とされる。

(九四) 朝日新聞・一九九二年七月二日(西部本社版)。

(九五) これは暴力団対策法に対して、暴力団組員が基本的人權の侵害を訴えたことと同質の問題である。

(九六) 但し、民法上の組合は権利の主体と構成しうるが、民法六七五条を組合員の債務に関する規定と解する限り組合を債務の主体とは構成し難いこと、法人とは団体の法主体性を公認することにすぎないと解すれば、わが国の合名会社は合手組合の法主体性を公認したものと捉え直すことができることは、第一章第四節で述べたとおりである。

(九七) 一部同旨、横田・前掲〔注二三〕新報三三卷一号一頁以下、石田(文)・前掲〔注二三〕法協四九卷四号三四頁、服部・前掲〔注一八〕六三頁、我妻・債權各論中卷(二)〔岩波書店・一九六二年〕八〇六頁、加藤一郎Ⅱ鈴木祿弥編・注釈民法(7)〔有斐閣・一九六九年〕五八頁〔品川孝次〕。Vgl. Buchda, a.a.O. [N. 8], S. 295; Huber, a.a.O. [N. 40], S. 123f.; Wiedemann, a.a.O. [N. 8], S. 249.

これに対して、山中・前掲〔注八〕七五頁は、組合員の使用・収益權能の否定は債權法的なものであり、組合員の使用・収益は物權法的には有効であるが、他の組合員に対する關係で債務不履行をなすにすぎないであろうとされる。しかし、これでは組合財産として統一的に管理運用しえなくなるおそれがあるが、それは含有を組合の所有とはせず、組合員の

共有とし組合員に物權的持分を認めた帰結である。

(九八) 拙著・前掲「注二」三〇頁以下・六九頁以下・二一八頁以下・三七一頁。ドイツにおいても合手共同體（あるいは合手組合）構成員の物權的持分を認めない見解が有力になっている（前掲拙著・七〇頁注（一）に掲げた説のほかに Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 6 zu § 741 [S. 823]; Derselb, a.a.O. [N. 30], Rz. 1 zu § 1008 [S. 998]; Westermann, a.a.O. [N. 30], S. 126; Westermann-Gursky-Pinger, a.a.O. [N. 30], S. 182; Leonhardt, a.a.O. [47 a], S. 742, 744u. 748ff.; Medicus, a.a.O. [N. 86], S. 217; Gerhardt, Mobilarsachenrecht, 2. Aufl., 1986, S. 130, 因<sup>り</sup>潜在的持分を認める最近の学説<sup>と</sup>）<sup>と</sup> Gursky, a.a.O. [N. 30], Rz. 2 zu § 1008 [S. 124] など、前掲拙著・七〇頁注（一）<sup>と</sup> Eichler, a.a.O. [N. 30], S. 151 を物權的持分を認める説に入れているが、これは物權的持分を認めない説に入れるべきであつた。

(九九) 共有と合有、あるいは持分共同體と合手共同體を異質のものとする見解として、前掲「注八八」の川名・末弘・勝本説のほかに、横田・前掲「注二三」新報三三卷一七頁以下・一〇頁、同・前掲「注四四」債權各論七二五頁以下、玉田・前掲「注七」法論三〇卷四号一三六頁・一三八頁（但し、玉田弘毅「遺産の『共有』の理論」法論三三卷五号（一九六〇年）二三頁は、共同相続に關して、いわゆる合有を「変形された共有」とされ、近代法的に再構成された合有である限り共有の変形・修正であつて、共有と全く異質の共同所有ではないとして、山中説に与えられる）。Vgl. Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 6 zu § 741 (S. 822); Flume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 201; Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 112; Geiler, in Düringer-Hachenburgs Komm. zum HGB, Bd. 2, Hälfte 1., 3. Aufl., 1932, Anm. 21 (S. 33); Umer, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Sonderausgabe aus Bd. 3, 2. Halbband des Münchener Komm. zum BGB, 1980, Rz. 10 vor § 705 (S. 7); Weinauer, Wohnungseigentumsgesetz, 7. Aufl., 1988, Rz. 30a vor § 1 (S. 44).

(一〇〇) 於保・前掲「注三一」一三〇頁。

(一〇一) 於保・前掲「注三一」一三〇頁。

## 八 共有と合有 (二)

八 合手組合を含めた広義の團體が継続的な事業を行うために設立され、その組織・機構が明確にされている場合には、そこに共同事業體が形成されていることは当事者の間でも、また外部の第三者からも明らかな場合が多いであろう。しかし、日常生活の便宜のために、極く少数の人達が一時的に共同して行動する場合には、外部からはも

とより、当事者の間においてさえも一個の共同事業体が形成されているのかどうか、明確に意識されていないことが多いであろう。

例えば、大規模な団地の多数の主婦が無農薬有機栽培の野菜を、産地直送方式で継続的に共同購入して分配する場合や、ある地域の多数の農民が高価な農機具を共同購入して共同利用する場合には、それが共同事業体を形成していることは構成員には明白に意識されているであろうし、その組織の内容を説明すれば共同事業体としての取引であることは、取引相手方にも容易に理解されるであろう。これに対して、隣近所の二名の主婦が一箱のりんごを共同で購入し、これを分け合う場合や、隣り合った二名の農民が農機具を共同購入し、共同で利用する場合には、それが共同事業であることは当事者はもとより、取引の相手方にも明確に意識されていないことが多いであろう。

しかし、前者の大規模で継続的な、野菜の共同購入や農機具の共同利用が共同事業であるように、後者の二名の主婦による共同購入も、たとえ、それが当座的であるとはいえ共同事業に当る場合もあるであろう。<sup>(二〇a)</sup>

尤も、一箱のりんごを二名の主婦が共同で購入するといっても、たまたま店先で出会った二人が、一箱を購入した方が割安であるということで、代金を折半して購入することにしたが、代金を別々に支払い、果物屋からりんごを分割して引渡してもらう場合には、当座組合としての共同購入というよりは、各別に売買契約を行っていると思われるであろう。ただし、この場合には出資に相当する行為がなく、二名の主婦が共同して契約をしたというよりも、一つの箱に入っているりんごという共通の目的物を購入しようとする別々の意思が売主のもとで（売主を紹介して）合致しているにすぎないからである。<sup>(二〇b)</sup>

これに対して、購入代金を前もって出し合った上で一箱のりんごを買いに行く場合、あるいは店先で代金を別々に支払うにせよ、一箱のりんごの引渡しを受け、その後で分割する場合には、当座組合としての共同購入を認めることが出来る。というのは、この場合、予じめ購入代金を出し合ったにせよ、店先で売主に対して別々に支払った



にせよ、お互いに代金を分担し合つて一箱のりんごを買い取り、それを分配する合意が形成されており、出資・共同行動・共同成果の配分という組合の要件を満たしているからである。

また、二名の農民が共同購入した農機具を共同で管理し利用するための結合関係は、いかに小規模であるとはいえ、多数の農民による大規模な共同利用組織の場合と、その事業内容の点では違いはなく、明らかに共同事業に該当しており、組合の要件を満たしている。

あるいは、民法上の組合の要件を満たすためには事業を積極的に営むことを要し、単に共有物の使用方法を定めているだけでは組合とはならないとする見解を支持する立場からは、農機具を共同購入し、これを共同で管理し利用するための結合関係を組合と解することは疑問とされるかも知れない。まして、りんご一箱を共同購入して直ちに分割する場合、たとえ当座組合としてであれ、これを組合と認めることは、一層疑問とされるであろう。

しかし、組合は事業を積極的に営むことを要するとする右の見解は、共有者の間で共有物の使用方法を決めたにすぎない場合は組合とはいえず、共有物の管理の問題にすぎないとしていたのであつて、共有関係が先行していない場合について論じているわけではない。尤も、共有物の使用方法の決定を無限定に共有物の管理と解する通説に疑問があることは後に述べるとおりであるが、この点はさて置いて、共有関係が先行していない場合に、複数人が共同して支配する客体を共同購入することは共同事業といえるし、共同購入した物を共同して管理し、利用することも共同事業であり、その購入契約や管理行為、さらには構成員に利用させることは団体の業務執行といえる。なお、一個の物の共同利用を目的とする共同所有関係は、組合関係と認めうる特段の事情がないときは、単純な共有関係として取扱われることになるであろうとする見解もあるが、これも共同購入を共有関係が成立する場合の典型とし、かつ共有物の利用方法の決定を共有物の管理と解する通説を前提とするものである。しかし、共同で利用する物の共同購入という共同事業が先行している場合には、組合関係を認むべき特段の事情ありということが出来

る。

かくして、二名の主婦の間にりんご一箱の共同購入のための当座組合が形成され、二名の農民の間に農機具を共同で購入し、共同で管理し利用するための組合が形成されている場合には、共同購入した物は二名の共有ではなく、組合的合有ということになり、組合財産として組合に帰属することになる。それでは、それぞれの主婦や農民には、どのような権利があるのであろうか。これが次の問題となる。

注(101 a) Vgl. Leonhardt, a.a.O. [N. 8], S. 273 ff.

(100) 一筆の土地を数名で購入する場合に、各自の持分率に応じた売買代金を売主と約定する場合も、各別の売買契約と見るべきであろう。

(100b) 組合の要件については、拙著・前掲[注二]九〇頁および注(一)参照。また、出資義務が組合員となる要件か否かにつき、前掲拙著・二六一頁注(4)参照。

因に、一個の客体の共同取得も組合の要件たる共同目的に当たるとするフーバーは、購入代金を分担することは出資義務に当たるとする (Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 125 u. 129 zu § 741 [S. 41 u. 42]). なお、シュミットは共同取得を目的とする合手組合を設立することを認めるが、そのことが明示されていなければ、通常は共有が成立するとする (Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 5 zu § 741 [S. 822], vgl. Hadding, a.a.O. [N. 8], Rz. 2 zu § 741 [S. 237]).

(100c) 両者間に違いがあるとすれば、組合が社團かという組織形態の違いであろう。

(100d) 東京地判・昭六二年六月二六日・判時一二六九号九八頁は、航空機を共同購入し、共同で利用する会を組合と解している。なお、本件では、この会の会員が飛行中に墜落して同乗者を死亡させたために、他の会員の責任が問われたが、会員の飛行は組合の業務ではないとして、他の会員の責任を否定した。

(100e) 我妻・前掲[注九七]債権各論(中二)七七頁、福地・前掲[注九七]注民(四)三九頁。なお、大分地判・昭和六二年三月二五日・判時一二四四号一一六頁。本件では儀礼的な見舞金の支給しか行っていない共済会につき、組合契約を締結する意思があったか極めて疑わしいとする。

(100f) 松岡誠之助「判例評釈・航空機の共同所有を目的とする組合と航空機事故の責任」ジュリ九六五号(一九九〇年)九二頁。この評釈は前掲[注一〇五]判決に関するものである。なお、松岡教授は、この会を組合と認められるかどうか疑問

がないでもないといわれるが、他の会員に責任を認めるための一つの論理は、この会を組合と認めた上で会員個人の航空機使用を組合業務と認めることであるとされる。しかし、航空機を管理し、これを会員に利用させることは組合の業務とはいえても、会員の利用行為そのものを組合の業務と見るのは無理であり、判決の結論の方が妥当である。

(106) 岡松参太郎・註解民法理由下巻「有斐閣書房・一八九七年」次三六頁は「各出資ヲナシテ共同財産ヲ買入ルルモ共同ノ事業ヲ営マザルヲ以テ組合成立セス」とされる。

(107) 物の管理・利用は組合の要件たる共同目的に当るか否か、ドイツでは争われてゐるが、Leonhardt, a.O. [N. 8], S. 275; Flume, a.O. [N. 55], Allg. I, S. 45 ff.; Schmidt, a.O. [N. 17], Rz. 5 zu § 741 (S. 821); Huber, a.O. [N. 17], Rz. 129 f. zu § 741 (S. 42); Palandt-Thomas, a.O. [N. 86], § 705 Anm. 4a (S. 750); Ullmer, a.O. [N. 99], Rz. 82 vor § 705 (S. 33) u. Rz. 94 zu § 705 (S. 72) はこれを肯定する。但し「フーバーは夫婦や親族、友人間では、職業上ないし営業上の目的がない限り組合関係はないとし、これと同じ理由で農業機械の共同関係も組合や社団ではなく、単なる持分共同体にすぎないとする (Huber, a.O., Rz. 29 u. 132 zu § 741 [S. 15 u. 43]). ラインハート＝シュルツも農業機械の共同取得は共有を成立させるが、機械の取得と貸出が前面に出ていれば組合といわざるをえないとする (Reinhardt-Schultz, a.O. [N. 30], Rz. 21 [S. 8]). なお、前記の問題に関する判例・学説の対立については Huber, a.O., Rz. 127 zu § 741 (S. 41).

(110) 於保・前掲「注三二」一三〇頁。

九 ところで、持分譲渡の自由や共有物分割請求権が物権的に制限される共同所有形態を合有と解して、基本的には通説を支持される山中博士は、合有を前近代的な共同所有形態であると否定的に評価される。これに加えて、右の物権的制限を公示する方法がないことを考慮されて、合有制は帰属共同体が成立している経営共同体に限って認めるべきであり、一時的目的のための組合等には認めるべきではないとされる<sup>(111)</sup>。

既に触れたように、合有<sup>(112)</sup>ないし合手共同体を前近代的な共同所有形態、ないし共同体と評価することに対して、私は疑問を感じているが、当座組合は帰属共同体ではないかのように解されている点にも賛成しえない。というの

は、前記の二名の主婦による共同購入も当座組合と解するならば、共同購入された一箱のりんごは、ひとまずはこの当座組合に帰属するからである。

とはいえ、一時的目的のための組合の場合、この組合に所有権が帰属するといつても、その事業目的を達成すれば直ちに解散して残余財産の分配を行う（前記の二名の主婦による共同購入の場合、直ちに一箱のりんごを分配する）わけであるから、これを含有というも、通常の共有とさほど違いはないことになる。というのも、本章第十一節で検討するように、共有物を分割するには、その前提として各共有者が持分を出資して、分割のための当座組合を形成すると解する私見からすれば、共有物の分割と組合の残余財産の分配は同質の行為となるからである。

さて、二名の主婦による共同購入のための結合関係や、二名の農民による農機具の共同購入・共同管理・利用のための結合関係が組合であるとすれば、主婦が一箱のりんごを分配するのは、共有物分割請求権に基づくのではなく、共同購入という当座組合の事業目的達成により組合が解散して、残余財産を現物で分配しているのである。また、農民が農機具を管理し利用するのは、共有持分権に内在する管理権能や使用権能の行使としてではなく、組合員としての業務執行権や利用持分に基づくものであり、一箱のりんごの分配も農機具の利用も組合財産に対する組合員の総持分の具体化した姿である。<sup>（二四）</sup>

それは、農業機械を共同利用するための大規模な団体においても、その構成員たる農民が団体の有する機械を利用しうるのは、共有持分に基づくのではなく、団体構成員であるが故に認められた利用権に基づくのと同じである。また、大規模で継続的な共同購入団体に加わっている主婦が、予じめ購入の申込をしておいた野菜の分配を受けるのは、彼女が団体構成員として、この団体が提供する購入機会を利用する権利を行使しているのであつて、共有物の分割を行っているのではないのと同じである。

尤も、二名の主婦による一時的な共同購入の例では、当座組合の目的達成と同時に解散に至り、直ちに残余財産

の分配を現物で行うのであって、団体の提供する購入機会の利用ではない点が、継続的な共同購入団体の場合とは異なっている。しかし、いずれの場合も、共有物の分割ではなく、総持分の具体化であるという点では同じ構造をもっている。にも拘らず、両者が異なって見えるのは、この総持分の具体化が一方は残余財産の現物分配、他方は予じめ申込んでおいた物の分配という、別の姿をとって現われるからにほかならない。

このように、一回限りの共同購入も、契約時の事情から数名の者が各自別個の契約をしていることが明白でない限り、共同事業と見るべきであり、数人が共同して一個の契約をする場合（例えば、第四章で検討するように、区分所有建物の敷地を区分所有者全員が共同して賃借する場合）も、団体の取引と見るべきである。まして、複数人が共同で管理し、利用するための物を共同購入する場合には、於保博士とは逆に、これを通常の共有と見るべき（したがって、多数当事者の債権・債務関係と見るべき）特段の事情がない限り、この複数人の間には共同管理・利用のための団体が形成されていると見るべきである。<sup>(二四)</sup>

したがって、このような私見からすれば、<sup>(二五)</sup>檀徒が共同出資して礼拝所の敷地を購入した事例や、共同で貰い受けた網干し場に関する事例を単なる共有とした判例には、素直に従うことは出来ない。とりわけ、後者の判決が原審の判断をそのまま支持した点は疑問であり、<sup>(二六)</sup>総有と主張した上告理由に耳を傾ける必要があったのではないかと思われる。尤も、上告理由は、共同出資して運送業を営むために自動車を一台購入した場合に、運送業を営むために自動車を共同使用する目的を有するが故に、組合的共有であるとするが、この組合の目的は自動車を共同使用することではなく、運送業を営むことであって、自動車はそのための組合財産である。したがって、この論えは問題の土地が組合的共有であることを論証するのに適切とはいえない。しかし、最高裁が、土地の共有者が共同でその土地を使用することは共有地の利用方法であって、民法六六七条の「共同事業を営むこと」に当たらないとする点は、たとえ本件の土地が原審の認定するように団体のものではなく、単なる共有に属するものであったとしても、単純

にそのように言えるのか疑問であることは、第十二節で検討するとおりである。

また、従来の学説のように、共同購入の具体的事情を考慮しないまま、これを当事者の意思に基づく共有の典型としてあげることも疑わしいことになる。例えば、「共同で出資してある物を購入して共同所有する」のは、最も一般的な共有である<sup>(iii)</sup>とされる新田教授は、「一個の物を数人が共同で利用する意思の合致で共有が成立する」とされる<sup>(iv)</sup>が、このような意思が形成されるのは主として組合の場合であり、単なる共有では稀なことのように思われる。そして、私見のように共同事業を広く捉えるならば、合手組合を認める範囲も広くなり、当事者の意思に基づく共有が成立する場合はそれほど多くはないことになる<sup>(v)</sup>。本章第四節でAとBの合意の下に所有物を附合させたり、混和させる場合を共有の例としてあげているが、AとBが共有持分そのものを出資しないにしても、少くとも共同管理意思があるならば共有物の管理を目的とする組合の成立を認めることができ、附合や混和によって単なる共有が成立するのは、当事者の意思によらない場合（例えば、第三者が生じさせたか、自然に生じた場合）ということになる。

注(二) 山中・前掲「注八」七五頁・一〇三頁以下。但し、山中・前掲「注六」三六頁は、わが民法上の組合における分割請求権と共有持分権の処分権の行使に対する制限は物権的制限ではなく、債権的制限であり、ゲルマン法という合有ではないとされる。しかし、単なる債権的制限では共同事業を行えない場合が発生する。Vgl. Schütze-Osterloh, a.a.O. [N. 47a], S. 165ff.

(iii) 前掲「注六」参照。

(iv) 合手組合において、組合員は共有持分をもたず、したがって組合財産は組合、即ち共同目的のために結合している組合員総体に不可分割的に帰属しており、共有持分は業務執行権と組合財産に対する総持分という形で止揚されているとする私見では、組合員の配当請求権・持分払戻請求権・残余財産分配請求権、あるいは組合財産利用権は右の総持分が具体化した姿ということになる。この点については、拙著・前掲「注二」第一章・第二章・第七章参照。

(v) 共有と見るか、合手組合有と見るかによって生じる違いは、信用で購入した場合に、共同購入者が可分債務（民四二七

条) ないし不可分債務 (民四三〇条) を負担するのか、合手債務を負担するのか、したがって、代金が支払われない場合に債権者が売却した物を差押えるためには、各共有者に対する債務名義を得て共有持分を差押えるのか、組合員全員に対する債務名義を同時、または順次に取り揃えて組合財産を差押えるのかという形で現われる。

(二五) 前掲 [注九〇]・[注九一]。

(二六) 福地俊雄・前掲 [注九七] 注民四三九頁は、建物区分所有者の間では「共用部分」の利用に関する組合関係の存在が一般的に認められることと比較して、昭和二十六年の最高裁判決 (前掲 [注九一]) は問題のある判例とされる。

(二七) 新田・前掲 [注一二] 百年七一頁。

(二八) 新田・前掲 [注六] 講義二二五四頁。

(二九) ギールケは、ドイツ民法は持分共同体を共同体の通常の形態であると宣言しているとする (Gierke, a.a.O. [N. 8], DPR III, S. 1027). これに対して、レオンハートは合手共同体の方がはるかに多く、かつ重要であり、持分共同体を「通常の」共同体というのは見せかけの原則であって、合手こそが真の原則のように見えるとする (Leonhardt, a.a.O. [N. 8], S. 412; Derselb, a.a.O. [N. 47a], S. 710 u. 741).

なお、来栖三郎「共同相続財産に就いて (二)」法協五六卷三号 (一九三八年) 七六頁・八六頁は、ドイツ民法が合有制を採用し、持分ある共有の意義を著るしく減少せしめた以上、もはやこれを *anomal* というのは適當ではないが、合有制を共同関係の原則にまで高めることを要求することは無理であろうとされる。

(三〇) 結果同旨、石田 (文)・前掲 [注八] 物権法論四八三頁、山田 (晟)・前掲 [注三三] 四三三頁。Ähnlich: Larenz, a.a.O. [N. 8], SR II, S. 320 ff.; Esser-Schmidt, a.a.O. [N. 8], S. 630; Medicus, a.a.O. [N. 86], S. 218; Palandt-Thomas, a.a.O. [N. 86], § 741 Anm. 2 (S. 730). dagegen: Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 34 zu § 741 (S. 16).

なお、日本私法学会「シンポジウム・建物区分所有法の改正問題に関連して」私法四三三号 (一九八一年) 一二七頁「星野英一」によれば、フランスのドレイは、ある目的をもって共同所有関係に入った場合が組合で、添附の場合のように偶発的に共同所有になる場合だけが、ただの共有と解することである。

一〇 右に述べた私見における、共有と合手組合有との違いを整理すると、共有は複数人が支配する対象が共通であるのに対して、合手組合有は複数人が共同して支配する点にある。つまり、共有は同一の目的物に対して複数人

の排他的支配意思が並存している場合である。これに対して、合手組合有においては、共同の目的のために結合した複数人が全員で一個の排他的支配意思を形成し、全員で一個の所有権を有している<sup>(三三)</sup>。というのは、組合の場合、全員の間に共同事業意思が形成されており、共同事業によって取得した所有権は、組合の本質をなす右の共同事業意思が事業活動を介して具体的に発現した姿の一つである。したがって、共同で取得した個々の物に対する所有権も組合、即ち共同目的の下に結合している総組合員に帰属しているからである。

このような私見からは、共有と合有は全く次元を異にした共同所有形態であり、わが通説がいうように両者を同質の共同所有形態とした上で、共有持分が顕在的であるか、潜在的であるかという点に違いがあるにすぎないとする見解は採りえない。ただし、合手組合有にあつては所有権が組合に帰属する以上、組合員に共有持分はなく、組織の一体としての組合財産に対する觀念的な総持分と業務執行権という形態をとつて止揚されていると解するからである。

とはいえ、共有と合手組合有との間には違いがあるのみで、全く関連性はないかという点、そうではなく、両者の間には次のような関連性を見ることが出来る。例えば、組合が解散し清算する際に、残余財産を現物分配することになっている場合、残余財産が確定し、現物分配案が確定すれば、各組合員に割当てられた財産はその組合員に帰属するが、ある財産を複数の組合員に分配する場合には、彼らの共有に帰属することになる<sup>(三四)</sup>。

なお、通説は組合が解散して残余財産が分配される段階に至ると、合有から共有へと移行し、それまで潜在的であつた共有持分が顕在化すると解し、特定の財産が残余財産となつたときに共有物として分割請求しうるとしている<sup>(三五)</sup>。しかし、組合財産は組合員の共有に属するのではなく、組合員総体に不可分割的・合手的に帰属すると解する私見からは、特定の財産が残余財産として確定しただけでは未だ組合財産に止まり、直ちに組合員の財産に転化するわけではなく、組合として具体的な分配方法を決めた段階で初めて組合員の個人財産となり、特定物は単独所有なり



共有に転化する。

因に、ギールケは、わが通説と同じように、組合の解散により、合手共同体は原則として持分共同体に移行し、それまで休眠していた共有持分が効力を発揮し、別段の合意がなければ現物分割が行われるとする。<sup>(三三)</sup>これに対して、合手共同体と持分共同体は本質的に異なるとするフルーメは、組合解散の場合に組合員には現物分割請求権はなく、残余財産分配請求権しか存在しない点が持分共同体とは異なるとする。<sup>(三四)</sup>しかし、組合契約次第では組合財産の現物分配も可能であり(商一一七条一項参照)、共有と合有は異質の共同所有形態であるとはいえ、全く関連性がないわけではない。

次に、共有者全員の合意の下に共有物を売却することにした場合には、共同購入の場合と同じように、共同売却のための当座組合が形成され、この組合が、この組合に帰属する一個の所有権を譲渡して、売却代金なり代金債権を残余財産として分配するという具合に、合有と共有は関連している。というのは、この場合、全共有者が各自の共有持分権を出資して特定物<sup>(三五)</sup>を販売するための当座組合を形成しているからである。

あるいは、この場合には各共有者が自己の共有持分権を同一の買主に対して同時に譲渡しているにすぎない、と解しうるようにも見える。しかし、このような構成では、代金分割の方法で共有物分割を行わんとする場合に、その実をあげられない場合が生じる。というのは、共有者の間において同一の買主に同時に持分権を譲渡する合意がなされても、この合意は共有者間において債権的効力しか有していない。<sup>(三六)</sup>したがって、一部の共有者がその持分権を他の買主に譲渡したり、担保にしたり、差押を受けたたり、あるいは持分権を売却する意思を喪失した場合には、他の共有者は債務不履行責任を問うことは出来ても、他の買主への譲渡や担保権設定や差押の物権的効力を否認することは出来ず、持分権を売却する意思を喪失した者に対して、強制的に売却させることも出来ないからである。そして、右の見解のように、全共有者が同一の買主に対して同時に持分権を譲渡するという構成で足るのであれば、

代金分割を共有物分割の一態様とする必要はなく、持分権の同時処分といえは足ることになる。

私見のように、共有物の代金分割は共同販売のための当座組合による一個の所有権の譲渡が前提になるとすれば、

通説がいうように、共有物の売買契約締結と同時に売買代金債権は分割債権として各共有者に帰属するのではなく、<sup>(111)</sup>この債権はまず当座組合に合手債権として帰属し、この段階で当座組合を解散する決議をして、この債権を残余財産として分配することにした場合に、はじめて分割債権が各組合員に帰属することになる。しかし、右のような特段の合意がないならば、債権が回収されたときに当座組合の目的は達成されて解散するに至り、受領した金銭（から費用を控除した分）を残余財産として分配することになる。<sup>(112)</sup>

にも拘らず、通説が共有物の売却と同時に分割債権が各共有者に帰属すると解しているのは、全共有者の間に共有物処分共同体としての合手組合が形成されるとはしないで、各共有者が共有持分権を同一の買主に同時に売却すると解しているからであろう。この構成をとる場合には、各共有者が買主と契約を結ぶことになるから、多数当事者の債権関係が形成されて数個の債権が発生し、各共有者に帰属することになるわけである。

注 (三三) フルメは持分共同体の霊薬は目的物であり、合手組合の仙薬は目的であるとする (Flume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 201; Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 119).

(三三) 拙著・前掲 [注二] 四〇頁では「個別財産の分配を決定した時点において、分配の対象となる個別財産は組織的一体としての組合財産の構成部分ではなくなっており、通常の共有の客体に転化した故に、各組合員に共有持分が発生したと考えられる」として、無条件に共有に転化するかのよう述べているが、本文に記したように特定の財産が数名に分配される場合には共有に転化すると限定すべきである。

(三三) 拙著・前掲 [注二] 四〇頁・四三頁注(三)参照。

(三三) O.v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, S. 695 u. Fn.159f.; Derselb, a.a.O. [N. 8], DPR II, S.390 Fn.67; Derselb, a.a.O. [N. 8], DPR III, S. 844, 853 u. Fn.107. 尤も、ギールケは、組合財産は分割が完了するまでは特別財産であり、特別財産の単一性が存続する限り、財産全体に対する持分のみが存在するとする (DPR I, S. 655 Fn.159; DPR III,

S.844 u.852)°

(三三) 前掲 [注九九] 参照。

(三三) Plume, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 123. vgl. Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 3 zu § 749 (S. 145).

(三三) Vgl. Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 129 zu § 741 (S. 42). 因に「朝日新聞・一九九三年一月六日・西部本社第一〇版九頁によれば、オフィスビルやマンションなどの所有権を持分に分割して投資家に販売し、投資家は持分を組合に出資するか信託銀行に委ね、組合や信託銀行は貸しビルなどの管理・運営を不動産会社へ委託し、投資家には持分に依じて賃料やマンションの売却代金が分配される不動産共同投資が増えているとのことである。

(三三) 桑原福夫「民法共有規定の検討」宮崎産業経営大学・社会科学論叢一卷一号（一九八七年）四七頁以下。Vgl. v. Tuhr, a.a.O. [N. 30] S. 84; Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 22 zu § 747 (S. 891). (但し, Rz. 33 zu § 747 (S. 895) は共同の客体に対する執行は全共有者に対する共同債務名義に基づいてなされるのであって「各共有者に対する各別の債務名義に基づいて全ての持分に同時に執行することは共同の客体に対する執行ではないとする」); Medicus, a.a.O. [N. 86], S. 219. dagegen: Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 65 zu § 747 (S. 130f.); Reinhardt-Schultz, a.a.O. [N. 30], Rz. 26 (S. 10f.). リンハート＝シュルツは、個々の持分の譲渡による共有物の処分と共同の所有権の譲渡の区別は一人の意思表示の無効の場合に重要であり、後者であれば一人の意思表示の無効は合意全体を無効にするとする。これに対して、レオンハートは一人の処分の無効は民法三九条の一部無効の問題が生じるが、疑わしいときは取引全体が無効になるとする (Leonhardt, a.a.O. [N. 8], S. 416). なお「エンネック・チュルス＝レーマンは全員が共同して持分を処分する場合、一人が行為無能力であれば一部無効の問題が生じるとする (Enneccerus-Lehmann, a.a.O. [N. 8], S. 764).

因に「Esser, a.a.O. [N. 22], S. 745; Esser-Schmidt, a.a.O. [N. 8], S. 634 は「共有者全員が同時に持分上に抵当権を設定すると共有物の上に単一の抵当権が設定され、各持分の上に共同抵当が設定されるのではないとする。

(三三) Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 21 zu § 747 (S. 891).

(三三) 前掲 [注三三] の末川・三二七頁、林・三九頁、柚木・四八七頁、柚木・高木・五三二頁、新田・講義二二六七頁。前掲 [注二四] の末弘・四三五頁、我妻・二二二頁、我妻・有泉・三三三頁、舟橋・三九〇頁、川井・前掲 [注三三] 三四頁、稲本・前掲 [注六] 三〇一頁・三二二頁、山下博章「共有物分割の訴」日大法律学研究二四巻五号（一九二七年）六四頁（但し、競売による代金分割に関する）最判・昭和五二年九月一九日・家裁月報三〇巻二号一一〇頁。Vgl. Enneccerus-Lehmann, a.a.O. [N. 8], S. 769.

因に、大(聯)判・大正三年三月一〇日・民録二〇輯一四七頁は、共有地の収用補償金受領者に対する他の共有者からの支払請求の訴えは共有物分割の訴えではなく、分割債権の支払請求をするものとする。本件が共有物分割の問題でないことは判旨のいうとおりであるが、その理由は収用は共有者の意思に基づく共同売却、即ち処分共同体の行為ではないからである(結果同旨、我妻・栄・新訂債権総論〔岩波書店・一九六四年〕三八八頁、塩崎・前掲〔注三二〕三八頁。Vgl. Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 3 zu § 749 (S. 902). なお、本件に関して、我妻・栄「共有地収用補償金の割前を請求するのは共有物分割請求ではない」聯合部判決巡歴一〔有斐閣・一九五八年〕二二頁以下、川井・前掲〔注三三〕三四一頁)。

(三) Vgl. Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 3 u. 44 zu § 753 (S. 190 u. 199); Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 26 zu § 747 (S. 893) u. Rz. 28 zu § 753 (S. 934).

一一 共有物の売却による代金分割を右のように解するならば、共有物を現物分割する場合、これは共有物を物理的に分割した上で各共有者に単独所有権を取得させるわけであるから、共有者全員がその持分権を出資して共有物の物理的処分、即ち分割と、その分配、即ち各共有者に所有権を帰属させるための処分共同体を形成し、この当座組合が主体となって、この組合に一旦は帰属することになった所有物の分割と分配を行うと見るべきである。

というのは、所有物を物理的に処分するにせよ、法律上の処分を行うにせよ、その主体は処分権能を有していないければならないが、共有の場合には共有持分権も一個の所有権であるといえ、各共有者が単独で共有物を物理的に処分することは出来ない。しかも、現物分割にあつては、物理的に分割された部分を各共有者の単独所有に帰せしめるという法律上の処分も行わなければならない。しかし、各共有者は自己の持分権を法律的に処分することは出来るが、共有物全体の支配権を法律的に処分する権利は有していない。したがって、単独では法律的にも、物理的にも処分する権利・権能を有していない共有者が現物分割の合意をしたところで、この合意が個人法の次元における取引に関する合意に止まる限り、現物分割の効果を発生させることはありえず、まず何よりも、そのような

処分権を有する主体を作る必要がある。

つまり、現物分割においても、代金分割の場合と同じように、全共有者が共有持分権を出資して、事実上・法律上の処分権を有する合手共同体を形成した上で、この処分共同体が分割と分配を行う必要がある。とすれば、民法二五八条一項にいう「協議」は、各共有者間における取引上の合意では足りず、処分共同体を作るための団体法上の合意と、その処分共同体として行う処分についての団体意思の形成を含むと解さなければならぬ。

あるいは、このような主張に対して、次のような反論があるかも知れない。即ち、現物分割は、まず共有物を共有者の数に合わせて数個の部分に変更し、次に各部分を各共有者に分配するのであるから、第一段階では分割された各部分に対して、各共有者はそれぞれ共有持分を有しており、第二段階で持分の交換、さらには売買を行っている（価格賠償を伴う場合）にすぎず、事実上の分割という物理的な処分と各共有者の単独所有権取得という法律上の処分が同時に行われると解する必要はない、という反論である。

たしかに、この反論のような考え方は共有物が液体や粉末ないし果粒のように同質のもので、しかも持分率が同一である場合には、なじみ易いかも知れない。しかし、この二段階構成では共有物を物理的に分割し、単独所有化することについての「協議」があるとはいえないであろう。ただし、共有物の物理的な分割は処分なのか変更なのか、まず問題であるが、ひとまず変更に当たるとした上で、この変更を行うために全共有者の同意をとりつけるにしても（民二五二条）、この変更が行われた後は、各共有者間で持分の交換や売買を行えば足り、共有者全員が協議して、各共有者への割り当て領域を確定する必要はないからである。だが、共有物が同質のものであっても、持分率が異なっていれば、物理的に分割する際に、どの部分が誰に帰属するのかを念頭に置いて行うはずである。まして、共有物が地形の複雑な土地であったり、地形は単純でも場所によって立地条件が異なるような場合には、共有者が分割案を呈示しながら、誰がどの部分を取得するのかを話し合い、調整を重ねる中で、ある提案を全員が承認

したときに分割協議が調い、それによつて各共有者は従来の共有物に対する持分を失うと同時に、各自に割り当てられた領域に対する単独所有権を取得するのではあるまいか。

とすれば、各共有者の持分喪失と、それに代る単独所有権の取得は、共有者相互間における持分の交換や売買によるものではなく、分割協議が調つたときに、その分割案を実行するために全共有者が持分を出資して合手共同体を作り、それと同時にこの合手共同体の所有物が残余財産として、分割案に従つて出資者たる旧共有者に現物で分配されると解すべきであろう。したがつて、末川博士が「分割の結果は持分を集中して単独所有権たらしめる」と<sup>(二四)</sup>とされるのは、持分の交換の意味で使われているのであろうが、それよりも私見のように持分を出資して、一旦は合手共同体の単独所有権とすることを「持分の集中」と呼ぶ方が適切なように思われる。尤も、末川博士は分量説、即ち一個の所有権が複数人に量的に分割されて帰属しているとする説を採られるので、持分権の出資というよりは、各共有者への分量的帰属を廃止した上で純粹に一個の所有権とし、これを複数の単独所有権に分割すると構成することになるであろう。いずれにせよ、分量説は所有権説に比べて共有を合手組合有に近い構成をする立場なのであるから、持分の交換や売買という構成は無用であつたように思われる。

なお、共有物の現物分割を持分権の出資による合手組合の形成と、現物による残余財産の分配と解する場合、民法二六一条の担保責任は次のように解釈することになる。つまり、持分の出資は有償の法律行為である。しかし、現物分割と同時に合手共同体は目的を達成して解散し、消滅している。したがつて、ある共有者に分配された物につき数量不足や瑕疵がある場合、合手組合に対して責任を問えないが故に、その構成員であつた者に個人責任があることを規定したのが二六一条である。「売主ト同シク」という文言は、右の個人責任は民法五六一条以下によるという趣旨に解すれば足り、現物分割が持分の交換や売買であるから売主と同じ担保責任を負うと解したり、あるいは二六一条を根拠にして、現物分割を持分の交換や売買と解する<sup>(二五)</sup>必要はない。

因に、山中博士は共有物分割を目的とする共同の事業関係は物権法的に意味があるものとしては少しも存在せず、共有物分割を目的とする共同体は成立していないとされる。<sup>(一三)</sup> 私見からすれば、代金分割を行うために共有物を売却する場合はもとより、現物分割の場合にも処分権を有する当座的な合手共同体を認める必要があるにも拘らず、山中博士が私見とは正反対の見解に立たれるのは、先に第九節で検討したように、合有は経営共同体にのみ認めべきであつて、当座組合の場合には認めるべきではないとされるからであらう。しかし、その根底には、後ほど第十節以下で検討するように、共有については徹頭徹尾、管理共同体という枠組の中で構成され、管理共同体と経営共同体を一般的・抽象的なものと特殊・具体的なものとして形式的に位置づけるのみで、共有や合手組合の論理構造に即して両者を区別・連関づけ、共有と合手組合の間には相互移行の側面もあることを認められないことが、最大の原因として横たわっているように思われる。

注 (一三)

現物分割を持分の交換ないし売買と解するのは、民法制定当初からの通説である。この説をとる見解として、前掲「注二三」の梅・二一六頁、富井・一八一頁、岡松・二二七頁、松波ほか・七〇三頁以下、中島・四六五頁・四七三頁、三潴・一五六頁以下、横田・四一八頁・四二二頁、石田(文)・物権法論五〇三頁、同・大要一〇八頁、末川・三一九頁、柚木・四九一頁、柚木Ⅱ・高木・五三二頁・五三五頁、林・一三九頁・一四〇頁、新田・講義二二六八頁。前掲「注二四」の末弘・四四二頁、田島・一九七頁、近藤・物権法論八五頁、同・要義八四二頁、我妻・二二二頁・二三三頁、我妻Ⅱ・有泉・三三二頁・三三四頁、勝本・一五一頁、舟橋・三九〇頁・三九二頁、松坂・一二二頁、石田(喜)・物権法八二頁、同・口述二二五頁、横・概論二〇四頁。前掲「注六」の広中・四四六頁、稲本・三二三頁、星野・概論Ⅱ一四一頁。前掲「注八」の鈴木・二九頁、奈良・三三三頁。川井・前掲「注三三」三四八頁、最判・昭和四二年八月二五日・民集二二巻七号一七二九頁。

反対、松岡・前掲「注二三」六三六頁。松岡博士は、各共有者は分割以前において完全な単独の所有者であるから、分割により所有権を授受する理由はないとされる。なお、松岡博士は裁判による分割についても、通説と異なった見解を主張される点については第三章で触れる。

(一三)

共有物の変更とは共有物の原形を留めた上で形状を変えたり、用途を変えることであつて、一個の物を数個に分ければ

原形を留めないだけでなく、各共有者の持分権は一個から数個に変るから、これは物理的処分であるのみならず、法律上の処分でもあるのではなからうか。しかし、次章で触れるように、通説は変更と処分を厳密に区別することなく、処分を  
変更と同様に取扱っているので、ここでは一応、変更に当たるとして考察しておく。

(三四) 末川 博「共有物分割の訴について」物権・親族・相続(末川 博法律論文集IV)〔岩波書店・一九七〇年〕二九二頁・  
二九七頁(初出・民商七巻六号〔一九三八年〕)。

(三五) 中島・前掲〔注二三〕四六五頁。なお、共有物の現物分割を持分の交換ないし売買とする立場からすれば、協議による  
分割については二六一条は当然の規定であり、本条は裁判による分割について意義を有することになる(梅・前掲〔注二  
三〕二一七頁、三瀨・前掲〔注二三〕一五八頁、川井・前掲〔注三三〕三四八頁、星野・前掲〔注六〕概論II一四一頁)。  
(二六) 山中・前掲〔注八〕五八頁以下。

一二 共有物を分割する前の段階において、共有者の間で、例えば共有地を菜園として利用する合意が形成された  
場合にも、合手共同体が作られる。というのは、この場合、各共有者は菜園として共同利用するために必要な限度  
において、共有持分権に内在する管理権能・使用権能・収益権能を出資して、共有者全員による共有地の使用・収  
益共同体が形成されるからである。つまり、ここに「菜園として共同利用するために必要な限度において」という  
のは、共有物分割の場合のように共有持分権そのものを出資してしまうのではなく、持分権そのものは留保したま  
ま、それに内在している管理・使用・収益権能のみを現物出資することである。<sup>(二七)</sup>したがって、前節で検討し  
た共有物分割の場合とは異なり、この使用・収益共同体は土地の管理・使用・収益権は有するが、土地を処分する  
権利は有していない。

そして、共有持分権に内在する管理・使用・収益権能を出資して使用・収益共同体の構成員となった各共有者は、  
共有持分権に基づいてではなく、団体構成員として管理に参加し、また構成員としての利用持分に基づいて使用・  
収益に与ることになる。例えば、この使用・収益共同体が農作業を共同で行い、その收穫物を分配する方式をとる



場合には、各構成員は共同作業に従事する義務を負う反面、その收穫物の分配に与る権利を有する。また、土地を区画して、各別に利用する方式をとる場合には、各構成員は区画された土地の割当てを受け、その部分を専用使用する権利を取得することになる。

右の共同作業方式による場合には、共同事業体が形成されていることは明白であるが、区画利用方式の場合には、共有持分権に内在している共有物管理・使用・収益権能の発現に過ぎないようにも見える。とりわけ、共有持分率に応じて区画の割当てをする場合には、そのような感じが一層強くなり、前述の昭和二六年最高裁判決<sup>(二六)</sup>のように、共有土地の利用方法にすぎず、共同事業を営むことには当たらないとする判断を支持したくなる<sup>(二七)</sup>。

しかし、共有持分権に内在する抽象的な使用権能のみでは、各共有者が共有物をどのように使用しうるのかという具体的な権利内容は定まらず<sup>(二八)</sup>、これを決めるためには、民法二五二条の存在を前提にしない今の論理段階では、共有者全員の合意を必要とするはずである<sup>(二九)</sup>。したがって、共有者全員の合意の下に共有地を区画利用することが決まれば、この場合にも共同作業方式の場合と同じように、区画利用に必要な限度において共有持分権に内在する管理・使用・収益権能を出資して、使用・収益共同体を形成し、各共有者は共同体の構成員として区画の決定に参加し、さらに区画の割当てを受け、その部分を専用利用する権利を取得する(利用持分の具体化)。

とすれば、右の共同作業方式は他村の所有地における入会権の団体直轄利用形態に相応し、区画利用方式は他村の所有地における入会権の分割利用形態に相応するといえよう<sup>(三〇)</sup>。ただし、この土地は共同体が所有するものではなく(共有者全員で一個・不可分の所有権を有するわけではなく)、各共有者に共有持分権は留保されているからである。したがって、昭和二六年の最高裁判決の考え方は、共有者全員で一個の所有権をもつとする分量説を前提とするならば、その前半部分は筋が通るが、その場合には共有者の間に利用共同体が形成されていることを認める必要があり、民法六六七条の「共同事業ヲ営ムコト」に当たらないとする後半部分との整合性に欠けることになる<sup>(三一)</sup>。

次に、共有物を第三者に賃貸借して賃料からの純益を分配する合意が共有者全員の間で成立すれば、ここに共有物の賃貸を共同の事業とする団体（「収益」共同体）<sup>(一四)</sup>が形成され、各共有者はこの共同事業を遂行するために必要な限度において、共有持分権に内在する管理・使用権能を出資し、賃貸事業が継続している間は、その持分は拘束を受けることになる。<sup>(一五)</sup>その反面、各共有者は賃貸事業共同体の構成員として賃料からの純益につき分配請求権を有する。つまり、賃料債権は可分債権として各共有者に帰属するのではなく、この賃貸事業共同体に帰属する。<sup>(一六)</sup>そして、団体構成員たる共有者は右の構成員として価値持分を有し、その具体化として利益配当請求権を有するわけである。このことは、共有者が共有持分権そのものをを出資して賃貸事業共同体を作ったり、複数人が賃貸事業を行うために金銭出資をした上で不動産を購入し、これを賃貸する場合と比べて見ると明確になる。これらの場合には賃貸の対象物は合手組合の所有に帰しているのに対して、先の例では共有持分権そのものは出資者に留保されており、賃貸事業共同体は賃貸物件の管理・使用・収益権能しか有していないという違いはある。<sup>(一七)</sup>しかし、複数人が賃貸事業を共同して行い、純益を分配するという点は全く同一であり、賃貸物件が出資者の共有に留まるのか合手組合に帰属するのかわかわらず、賃貸借契約はこの事業目的の下に結合して共同事業意思を形成した複数人の共同事業活動として行うのであり、したがってその賃貸借契約によつて生じた債権はこの結合体、即ち合手組合に帰属することになる。

さらに、共有者全員の合意の下に共有物の保存や改良、あるいは変更を行う場合にも、広い意味での管理<sup>(一八)</sup>のための事業共同体が形成され、その事業に必要な限度において共有持分権に内在する広義の管理権能が出資され、その限りで共有持分も団体的拘束に服する。しかし、この管理事業が終了すれば、右の共同事業体はその当座の目的を達成して解散し、保存・改良ないし変更された共有物に対する共有持分権は団体的拘束から解放された状態に戻る。

このように、共同事業意思のないまま共有関係に立った複数人の間においても、共有物の使用・収益・保存・改

良・変更・処分に関して全員の合意が得られるならば、これらの事業を目的とした人的結合体が当座的に形成され、あるいは継続的なものとして形成され、この共同事業を遂行するために必要な限度において、共有持分権に内在する諸権能が部分的に、あるいは全面的に（つまり、共有持分権そのものが）出資され、それに応じて共有持分権は団体的拘束を受け、あるいは共有者は持分権を失って共有物は団体の所有に帰し、人法説にいうところの合手原理に従った、即ち共同目的の下に結合した複数人が単一体として活動する管理共同体・利用共同体・収益ないし「収益」共同体・処分共同体、あるいはこれらの混合型の共同体が形成される。<sup>(130)</sup>

注 (130) Vgl. Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 4 zu § 741 (S. 821) u. Rz. 11 zu §§ 744, 745 (S. 867). シェアは共有物の使用・収益権能の出資にすぎ、組合と共有の並存を認める (ähnlich: Ulmer, a.a.O. [N. 109], Rz. 182ff. zu § 705 [S. 103f.] u. Rz. 12 zu § 706 [S. 133], Schultze-v. Lasaulx, in Soergels Komm. zum BGB, Bd. 3, 10. Aufl., 1969, Rz. 45 vor § 705 [S. 440f.] u. Rz. 22 zu § 706 [S. 500]). なお、シェアと趣旨は異なるが、組合と共有の並存を認める説として Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 129 u. 131 zu § 741 (S. 42); Reinhardt-Schultz, a.a.O. [N. 30], Rz. 23 (S. 9); Plume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 203 u. 205; Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 114 u. 116, dagegen: Merle, Das Wohnungseigentum im System des bürgerlichen Rechts, 1979, S. 128f. u. 131f.

(一三) 前掲 [注九一]。なお、本章第九節参照。

(一三) 柚木・前掲 [注二三] 四七九頁、柚木＝高木・前掲 [注二三] 五二五頁は、この判決の判断を正当とされる。なお、於保・前掲 [注三一] 一三〇頁。

(一四) 同旨、末弘・前掲 [注二四] 四二三頁、舟橋・前掲 [注七] 三七七頁以下、川井・前掲 [注三三] 三一九頁、新田・前掲 [注六] 講義二二五七頁、広中・前掲 [注六] 四二七頁。

(一四) 同旨、末弘・前掲 [注二四] 四二三頁、稲本・前掲 [注六] 三〇六頁。

(一四) 入会の諸形態については、拙著・前掲 [注二] 三〇四頁注(5)の文献参照。なお、土地共有者が土地の使用・収益権能を出資して、土地共有者ではない者と入会団体を形成している場合については、拙著・三一七頁以下・三三八頁以下。

(一四) 因に、この判決を正当とされる前掲 [一三九] の柚木説、柚木＝高木説は分量説に立たれる（前掲 [注二三] 参照）。

(一四) この場合、入会の古典的利用形態とされる集团的個別利用形態、ないし個別的共同利用形態に相応することになり、そ

の意味では、上告理由が「総有」性を主張しているのは、それなりに正当である。なお、本件は土地共有者が持分権を留保したまま、共有者でない者にも利用させていたと認定されているが、そのような利用共同体であつたとすれば、他村の所有地上の入会に相応することになる。

(三三) Ähnlich: Flume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 204f.; Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 115f. この場合、質貸借契約の解約は合手組合の業務執行の問題であるが、わが判例・通説が共有物の管理行為と解していることは、第三章で触れる。なお、収益に鍵括弧をつけて「収益」共同体としているのは、所有権に内在している収益権能は所有物から直接的に(契約を介さないで)收穫しうる天然果実の取得に限り、質貸料のように契約を媒介にした法定果実は含まれないと解するので、この点を区別するために鍵括弧を付したが、この問題についても第三章で触れる。

(三四) Vgl. Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 26 zu § 747 (S. 120).

(三五) 川井・前掲 [注三三] 三二〇頁。広中・前掲 [注六] 四二七頁は、質料につき各共有者が分割債権を有することになるかどうかは特約の有無によって定まるが、分割債権を生じさせない特約があると認定すべき場合が少なくないであろうとされる。この問題についても第三章で再度論じる。

(三六) Flume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 204; Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 115.

(三七) 質貸借を事業目的とする合手組合を作り、不動産を購入した上で質貸する場合は、商法五〇二条二号の商行為に当るが、共有物を質貸する場合は、共有持分そのものを出資する場合であれ、管理・使用権能のみを出資する場合であれ、商行為には当たらないという違いもある。

(三八) 山中・前掲 [注八] 五三頁以下は、共有関係を維持しつつ共有物を変更したり、処分することを「広義の管理行為」とされる。同旨、前掲 [注二三] の川名・一二〇頁、松岡・五七九頁、岩田・七三頁。なお、区分所有法における最広義の管理概念は、共用部分の変更・処分のみならず、建物の復旧、さらには建替えをも含むとする見解もあるが、この点については第四章で触れる。

(三九) 物の保存や管理も共同事業の目的となりうるという説については、前掲 [注一〇九] 参照。

(四〇) Flume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 193ff.; Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 68ff.

(四一) いずれの共同体も管理権は有するが、管理共同体は腐敗(し易い)物の処分を除き、原則として処分権は有しない。利用共同体や収益、ないし「収益」共同体は処分権を有するものと、有しないものがありうる。

一三 共有物の使用や管理は共有者全員の合意に基づいて行うのが原則であるとすれば、全員の合意が得られない場合には、共有者の誰もこれを使用することが出来ない。また、誰かが保存や改良をしても他の共有者に費用を求償することが出来ないならば、誰も保存や改良をしないまま放置されることになりかねず、共有物の経済的効用を享受するためには共有物を分割して、共有関係を終了させるほかはないとすれば、共有は国民経済にとって有害無益な共同所有形態となりかねない。

現に、各共有者に禁止権を認めていたローマ法の下では、「共有は紛争の母」という法諺が生れたほどであり、西欧の法理論に学んだ民法起草者は共有を社会経済上有害な所有形態と考えていたし、このような評価は今日に至るまで受け継がれて来た。<sup>(一五)</sup>

したがって、共有者全員の合意が得られない場合や、それを得ていない場合でも、共有物の使用価値や交換価値を維持し、あるいはこれを高め、さらにはその効用を共有者が実際に享受しうるようにするために、民法は共有者の使用権（民二四九条）や広義の管理についての規定（民二五一条・二五二条）、共有物の管理費用や租税などの負担に関する規定（民二五三条・二五九条）などを用意している。

しかし、一部の共有者の意思のみに基づいて共有物を保存ないし改良し、他の共有者が同意していなかったり、全く関知していない場合に、どうして後者は前者の意思に拘束され、その費用を分担しなければならないのであるうか。まして、後者の持分の特定承継人までも拘束される（民二五四条）点を、どのように理解すればよいのであろうか。

この点の実質的な理由づけとして、共有物の管理は全共有者の利益になるから、一部の共有者の意思に他の共有者も拘束され、持分に応じて費用を分担するのが公平の原則に適うからだということが考えられる。しかし、これは共有物の管理が共有者の意思に反しないであろうということを前提にした、消極的な理由づけに止まり、その管

理行為を行うことに明確に反対している共有者をも拘束する積極的な理由づけとはなりえないであろう。したがって、ここで求められているのは、一部の共有者の意思に他の共有者が拘束されることの法理論的な根拠づけであり、とりわけ共有持分の特定承継人までも拘束しうる共有法理の追求でなければなるまい。

そのような共有法理を追求する試みとして、一部の共有者が行う保存や管理を他の共有者は甘受すべき不作為義務があるとする見解がある。この説によれば、右の不作為義務は、保存行為については共有物を所有することから不可避免的に生ずる、相隣関係における相互の義務が凝縮されたものであり、管理行為については共有者内部で自律的に定立された規範（団体の法的規律）に基づく義務であり、共有物の変更を甘受すべき不作為義務は、自己が与えた同意を根拠とする契約法的規律、即ち共有者内部で自律的に定立された規範に基づく<sup>(一五)</sup>とされる。

しかし、保存と管理、さらには変更とで、どうして不作為義務の根拠が異なるのであろうか。そして、共有者は他の共有者が行う保存や管理行為を甘受すべき不作為義務を負うにすぎないのであれば、保存や管理行為を行うことに同意していない共有者、さらには共有持分の特定承継人が費用を分担する義務はどこから生じるのであろうか。次に、共有者間の権利関係をすべて債権と解し、この債権が特定承継人を拘束するのは、民法二五四条の規定に基づく法定効果であるとする見解がある<sup>(一六)</sup>。実定法が特定承継人をも拘束すると規定しているから、特定承継人に対しても共有物に関する債権を行使しうるとするのは、形式的な根拠づけとしては確固たるものであり、民法二五四条はローマ法の個人主義な共有法理を受け入れて、共有者相互の関係を単なる債権関係としていたドイツ民法第一草案を修正した第二草案を参考にした規定であるという沿革は、なお一層、右の形式的な根拠づけを強化するかのようである<sup>(一七)</sup>。

しかし、民法二五四条が、ローマ法の個人主義的共有法理から離脱しており、二五六条一項但書と並んで個人主義的な共有とは相容れない性質のものであるとするならば、このような条項をもった民法の共有規定が予定してい

る共有関係はどのような構造をもったものであるのか、を明らかにしておく必要があるのではあるまいか。<sup>(二五)</sup> けれど、ドイツ民法第一草案に対するギールケの批判を受け入れて、合手制を採用するとともに、共有者間に管理共同体を認めるに至った第二草案を、わが民法が参考にしたのであれば、ドイツにおける発想の変更は、わが共有法の構造に対しても影響を及ぼすはずである。<sup>(二六)</sup>

とはいえ、わが民法の共有規定はボアソナードを介してフランス民法学の成果を受容した部分と、イタリア民法・スペイン民法・ドイツ民法第二草案に做った部分から成るという二層構造をもつのであれば、右の課題を果すためには、この二層構造をどのように調和させて統一的に理論構成すればよいのかという問題をも取り込む必要がある。そして、このような作業を行うことによって、一部の共有者の意思が他の共有者を拘束し、持分の特定承継人をも拘束する根拠を理論的に明らかにしうるのであるまいか。

ところで、共有者の内部関係が特定承継人を拘束する根拠につき、前記の債権的効力説とは異なり、共有者間に個別・具体的に発生した債権についての民法二五四条に依拠し、共有物の使用・管理に関する意思決定や、共有物の分割・不分割に関する特約については同条に依拠しない見解がある。<sup>(二七)</sup> この立場では共有物の使用や管理に関する意思決定や、共有物の分割・不分割に関する特約は物権的効力をもつことになるが、この意思決定ないし特約は持分の物権的内容、<sup>(二八)</sup> ないし負担<sup>(二九)</sup>をなしているが故に、持分の特定承継人はそのような内容の持分、ないしそのような負担のついた持分を取得し、その拘束に服することになる。だが、この説においても一部の共有者の意思がなぜ他の共有者の持分の内容を規定し、彼を拘束しうるのであるかという点については何ら説明しておらず、債権的効力説の難点を克服しているわけではない。

注（二五） 原田・前掲〔注六四〕一一〇頁、山中・前掲〔注八〕四六頁。

（二五） 前掲〔注二三〕の梅・二〇五頁、富井・一七二頁以下、岡松・二二九頁以下、松波ほか・六七二頁。

(一五) 前掲〔注二三〕の川名・一二六頁、中島・四五四頁、三藩・一四六頁以下、横田・四〇三頁、松岡・六一六頁以下、柚

木・四八六頁、柚木Ⅱ高木・五三一頁。前掲〔注二四〕の末弘・四三〇頁、舟橋・三八八頁。末川・前掲〔注一三四〕二九一頁。因に、なぜ「共有」ではなく「私有」が確立されたのかについて、経済学の立場から分析したデムゼッツの見解 (Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, AEA Papers and Proceedings, 1967) につき、猪木武徳・経済思想 [岩波書店・一九八七年] 一四〇頁以下。

なお、建物区分所有制度や裁判による共有物分割方法の見直しを契機として、最近では従来のような評価に対して疑問をはさむ見解も現われていることについては、第一章第三節参照。因に、ドイツでも初めのうちは持分共同体は必要悪と考えられていたが、後には望ましい状態と考えられるようになった (Reinhardt-Schultz, a.a.O. [N. 30], Rz. 22 [S. 9])。民法二四九条以下の規定は、共有者の協議が存在していない場合に適用するために設けられていることは、民法起草者のテキストなどで説明されているとおりである (前掲〔注二三〕の富井・一六八頁、松波ほか・六四一頁)。

(一六) 前掲〔注二三〕の中島・四四五頁、末川・三三三頁。前掲〔注二四〕の末弘・四二四頁、舟橋・三八三頁。なお、区分所有法八条に関しても、このような説明がなされている (濱崎・前掲〔注六八〕「概要」一四頁、同「建物の区分所有等に関する法律の改正について」(三)「法曹時報三七卷四号 (一九八五年) 一五四頁以下、丸山英氣「区分所有者に対する債権者の保護」区分所有法の理論と動態 [三省堂・一九八五年] 一二二頁「初出・丸山編・区分所有法 [大成出版社・一九八四年]」)。

(一五) 山田誠一「建物の区分所有等に関する法律と共有物の管理」民商法雑誌九三卷臨増号(2) (一九八六年) 一六一頁以下。

(一六) 前掲〔注二三〕の梅・二〇〇頁、中島・四五〇頁以下、新田・法研四七卷一二号四七頁以下。

(一七) この点については、来栖・前掲〔注一九〕七五頁以下、玉田・前掲〔注七〕法論二〇卷四号一一五頁以下、広中・前掲〔注六〕四三三頁以下、新田・前掲〔注二三〕法研四七卷一二号四〇頁以下、三島宗也「組合財産の法的構成」(一)法と政治一五卷一号 (一九六〇年) 四二頁以下。Vgl. Gierke, a.a.O. [N. 8], DPR II, S. 383ff.; Derselb., *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889, S. 275ff.

なお、民法二五四条の立法過程における審議を要約したものとして、李 毅多Ⅱ石田 剛Ⅱ山田憲一Ⅱ金 敏圭Ⅱ(資料) 共有法(二)「民商一〇五卷二号 (一九九一年) 一一八頁以下 [金]」。

(一八) 新田・前掲〔注二三〕法研四七卷一二号四六頁以下。

(一九) 新田・前掲〔注六〕法研五九卷一二号一五一頁以下。



(一六) 玉田・前掲「注七」法論三〇巻四号一七頁は、共有者間の特約を債権関係として債権的効力しか認めない説は、共有における人間関係の本質を正しく捉えていないとされる。なお、債権説に対する批判として、山中・前掲「注八」五五頁以下。

(一七) 来栖・前掲「注一九」八六頁は、ドイツ民法における合有制の採用は持分ある共有に影響を及ぼし、これを管理共同体として構成し、さらに物権的要素を取り入れた共有形態を可能にしたとされる。Vgl. Larenz, a.a.O. [N. 8], Jher. Jb. 83, S. 108.

(一八) 山田・前掲「注八七」一二八頁・一三二頁、同・前掲「注八」私法四七号一八〇頁以下。なお、わが民法の共有規定はイタリヤ旧民法を介して、オーストリア一般民法を受容していることにつき、大島俊行「民法二四九条〜二五三条の沿革」大阪府大・経済研究三五巻四号(一九九〇年)一五頁以下。

(一九) 前掲「注二三」の富井・一六二頁以下、横田・三九九頁以下。前掲「注二四」の末弘・四一六頁以下、舟橋・三七八頁以下。

(二〇) 林・前掲「注三三」一三五頁(なお、一三三頁・一三七頁)於保・前掲「注三二」一一九頁。Vgl. Larenz, a.a.O. [N. 8], Jher. Jb. 83, S. 161 Fn. 1; Hadding, a.a.O. [N. 8], Rz. 2 zu § 746 (S. 250); Engländer, a.a.O. [N. 40], S. 211ff.; Wehnauer, a.a.O. [N. 99], Rz. 13 u. 15 zu § 10 WEG (S. 221 u. 226f.). ヴェイトナウアーは、区分所有者の合意は、民一〇一〇条と異なり、負担としてではなく特別所有権の内容として登記され、特定承継人に対する効力を有するに至るとする。区分所有者団体の管理規約に関して、一部同意、新田・前掲「注二三」法研四七巻二号五六頁以下。

(二一) 石田(文)・前掲「注八」物権法論四九三頁、田島・前掲「注二四」一八五頁注(3)・一九三頁注(3)、玉田・前掲「注七」法論三〇巻四号一八頁以下、石田(喜)・前掲「注二四」口述二一四頁。なお、山中・前掲「注八」六二頁。Vgl. Gierke, a.a.O. [N. 8], DPR II, S. 385ff.; Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 2 u. 4 zu § 746 (S. 108 u. 109); Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 2 zu § 746 (S. 880); Derselb., a.a.O. [N. 30], Rz. 4 zu § 1010 (S. 1019); Bauer, a.a.O. [N. 30], Rz. 1 u. 4 zu § 1010 (S. 512 u. 513); Stüfner, a.a.O. [N. 30], Rz. 1 u. 4 zu § 1010 (S. 794 u. 795); Wolff-Raiser, a.a.O. [N. 30], S. 352; Westermann, a.a.O. [N. 30], S. 127; Westermann-Gursky-Pinger, a.a.O. [N. 30], S. 183; Gursky, a.a.O. [N. 30], Rz. 1 u. 5ff. zu § 1010 (S. 129 u. 131ff.); Palandt-Bassenge, a.a.O. [N. 30], § 1010 Anm. 1 (S. 1096); Reinhardt-Schultz, a.a.O. [N. 30], Rz. 25 (S. 10); Schwab, Sachenrecht, 20. Aufl., 1985, S. 224.

なお、債権関係の物権化(カ) (Gierke, a.a.O. [N. 8], DPR III, S. 1031; Larenz, a.a.O. [N. 8], SR II, S. 324; Gursky,

a.a.O. [N. 30], Rz. 11 zu § 1010 (S. 132); Schmidt, a.a.O. [N. 30], Rz. 1 u. 4 zu § 1010 [S. 1018f.]<sup>7</sup> あるいは物権的効力を有つ (Ennecerus-Lehmann, a.a.O. [N. 8], S. 767; Hadding, a.a.O. [N. 8], Rz. 2 zu § 746 (S. 250); Gursky, a.a.O. [N. 30], Rz. 3 zu § 1008 (S. 125) u. Rz. 1, 3 u. 5ff. zu § 1010 (S. 129, 130 u. 131ff.); Stürner, a.a.O. [N. 30], Rz. 6 vor § 1008 (S. 791); Palandt-Thomas, a.a.O. [N. 86], § 746 Ann. 1 [S. 733]). ような説明がなされてゐるが、ヴァイトナーは合意は物権的なものではないから、誤った論拠づけをするおそれがあるとする (Wehnauer, Rz. 12e zu § 10 WEG [S. 222])。

一四 このように、共有者間の拘束関係を債権関係と見るにせよ、物権関係と見るにせよ、共同事業を行うための人的結合関係は存在しないとされる共有者間において、共有物の管理に関する一部の共有者の意思が全員を拘束し、またこの一部の共有者の意思や全員の合意が持分の特定承継人をも拘束し、あたかも合手共同体における人的結合関係があるかのように取扱われているが、この社会関係の転換をもたらしている要素は何かを探る必要がある。そして、そのためには、本章第十二節で行った分析に立ち帰ることが、重要な手がかりを与えるように思われる。

共有者の間に共有物の使用や管理に関して合意が成立している場合には、共有物利用共同体や管理共同体が形成されており、各共有者はその共同事業を行うに必要な限りにおいて、共有持分に内在している諸権能を出資しており、この共同体から脱退しない限り、彼の共有持分は団体的制約を受けている。したがって、共有持分の特定承継人もそのような制約を受けた持分を取得することになる。そして、共有持分譲受人が譲渡人の共同事業体構成員としての財産上の地位（出資義務や利用持分・価値持分）をも譲り受けて、この共同事業体の構成員になっている場合には、譲渡人が負担していた団体に対する債務も承継する。したがって、共有持分権者が団体構成員として団体の事業を遂行するために必要な費用を出資義務（ないし追出資義務）としてであれ、損失分担義務としてであれ負担しておれば、この債務を右の持分譲受人が承継し、さらに彼は団体構成員として団体の債務につき個人責任を原

始的に負担することになる。

ところで、民法上の組合に関して、通説は持分（組合員としての持分<sup>(ニ)</sup>）譲受人は具体的出資義務や加入前（持分譲受前）の組合債務に対する個人責任は承継しないとしている。しかし、組合員の交替にも拘らず、「組合の同一性」があるとされているのは、組合の人的結合体に同一性があるという意味ではなく、組合の財産関係に同一性があるという意味にすぎないとする私見からは、持分譲受人が譲渡人の負担していた具体的出資義務をも承継してこそ、組合の財産関係の同一性は保たれることになる。また、組合債務に対する組合員の個人責任は、彼が組合財産の共同支配者であり、組合員として共同事業の経営に参加しているが故に負担するものである。とすれば、組合に加入した後の組合債務についてだけでなく、加入前の組合債務についても個人責任を負うのは当然であり、商法八二条は合名会社に関する特則ではなく、民法上の組合にも妥当する原則である<sup>(三)</sup>。

したがって、団体の事業遂行に伴って負担した債務を一部の構成員が弁済した場合に、彼の求償に応じうる団体財産がないときは、他の構成員が個人責任を追及されることになるが、持分譲受人はこの個人責任を持分譲渡人とは別に、彼固有の責任として負担することになる。とすれば、民法二五三条一項や二五四条は、共有者の間に管理共同体が形成されていない場合にも、それが形成されている場合と同一の効果をあげようようにするために設けられた規定といえることができる。

要するに、共有者全員の合意によつて管理共同体が形成されていない場合のために、民法は共有物の管理に関する規定を設け、管理共同体が形成されている場合と同じように効率的な管理が行われているようにしている。したがって、民法の共有規定の背後には共有者の管理共同体が擬制されており、共有者は広義の管理に必要な限度において、共有持分権に内在している広義の管理権能を出資したものと看做し、この管理共同体から脱退、即ち共有物分割請求をしない限り、共有持分権は団体的制約に服するものとしている、と解することが出来る。

つまり、各共有者の持分権の客体である共有物の物理的変更という重大な事項については、全員の同意によって団体意思を形成することにするが、共有物の維持、したがって管理共同体の存続に必要な保存行為は各共有者が単独でなしうることにし、共有物の本来の用法の具体化や改良については、持分の過半数で団体意思を形成しうることにし、これに同意しない構成員をも拘束することになっていると解することが出来る。そして、その実行に要する費用や要した費用を各共有者の持分に応じて負担させる（民二五三条）のは、この擬制的な管理共同体は共有者の合意に基づいて形成されているわけではないから、金銭出資の取り決めがなく、団体として出捐しうる管理費を有していないからである。

したがって、管理共同体の業務執行に要する費用を予じめ共有者に出捐させるのは、出資義務を履行させることに相当し、業務執行に要した費用を出捐した一部の共有者が他の共有者に請求するのは、構成員の求償に应ずべき団体の義務に対する他の構成員の個人責任を追及することに相当する。しかも、これらの出捐義務を共有持分の特定承継人にも負担させるのは、彼は持分の譲受によって当然に管理共同体の構成員になっているものと擬制されるからである。<sup>(118)</sup>

とすれば、共有者の出捐義務が出資義務に相当する場合には、持分の特定承継人が負担する義務は持分譲渡人の債務を承継したものであり、共有者の出捐義務が個人責任に相当するものであるときは、持分譲受人は譲渡人の出捐義務とは別に、彼固有の債務として原始的に負担することになる。<sup>(119)</sup>

したがって、民法二五四条を債権者たる共有者を保護するための規定と解する<sup>(120)</sup> 必要はない。また、共有物につき共有者間に存在する債権関係を承継する<sup>(121)</sup> とか、共有者としての前主の地位を承継すると構成する<sup>(122)</sup> のでは、特定承継人の出捐義務の一部分についてしか妥当しないことになる。<sup>(123)</sup> さらに、持分に付着する負担として持分譲受人に移転する<sup>(124)</sup> という構成は、共有持分の内容を制約する団体意思については妥当しえても、共有者の出捐義務については妥

当しただけでなく、この出捐義務が団体構成員の出資義務や個人責任に相当するものであり、しかも個人責任に相当する出捐義務は共有持分の特定承継人も彼固有のものとして当然に負担するのであって、持分譲渡人の債務が承継されるのではない点を見誤ることになる。

注（二七） 現在の組合論、合名会社論ではこの概念が混乱しているが、私は出資義務と総持分（組合財産上の地位）が持分譲渡の対象であり、総持分のみが持分差押や質権の客体であると考ええる。この点については、拙著・前掲「注二」第二章・第四章参照。

（二七） 拙著・前掲「注二」第三章参照。

（二八） これらの点は、改正区分所有法の下で区分所有者団体の成立が擬制されていることと共通性を有している（区分三条。なお、七条・八条）。

（二九） 民法二五四条は「特定承継人ニ対シテモ之ヲ行ウコトヲ得」としており、持分譲渡人と譲受人のいずれに対しても請求しうることになっているが、管理に要した費用を請求する場合、即ち団体構成員の個人責任の追及に相当する場合は、この規定は妥当である。しかし、管理に要する費用の請求、即ち団体構成員の出資義務に相当する場合に関しては妥当ではない。

（三〇） 前掲「注二三」の石田（文）・物権法論四九二頁、同・大要一〇三頁、末川・三一四頁、柚木・四八三頁、柚木＝高木・五二八頁、林・一三七頁、新田・講義二二六五頁。前掲「注二四」の末弘・四一七頁、我妻・二二五頁以下、我妻＝有泉・三二四頁、勝本・一四七頁以下、舟橋・三七九頁、松坂・一一七頁。川井・前掲「注三三」三三八頁。

（三一） 我妻＝有泉・前掲「注六」三二六頁。

（三二） 富井・前掲「注二三」一六二頁、稲本・前掲「注六」三〇一頁。Vgl. Huber, a.a.O.[N. 17], Rz. 4 zu § 746 (S. 109).  
（三三） とはいえ、先述のように民法上の組合に関する通説は具体的出資義務の承継を認めず、加入前（持分譲受前）の組合債務に対する加入者（持分譲受人）の個人責任を認めないので、これらの見解が果して共有持分の特定承継人の出捐義務の一部分については妥当しうるかも疑わしい。

（三四） 玉田・前掲「注七」法論四〇巻三号一一八頁以下。

一五 前節で述べたように、共有者間の法律関係を管理共同体とする構成はドイツ民法が採用したところであり、わが民法の解釈としても山中博士によつて夙に主張されたところである。

山中博士によれば、民法二五二条本文は狭義の管理行為について持分の過半数を問題とする限りで、共有者間に管理共同体の成立を認めており、二五三条二項が管理費用等の支払を怠つた者を共同体から排斥しうる権利を認めているのは、管理共同体の存在に基づくものであり、二五四条の規定も共有物の管理共同体が成立していることの証左となしうるとされる。<sup>(一五)</sup>そして、共有者の間に管理共同体を認める意義は、共有物の管理に関する意思決定が共有持分の特定承継人を拘束することを根拠づけうるところにあり、この点を理論構成する道は共有者間に管理共同体の成立を認める以外にはないように思われるとされている。<sup>(一六)</sup>

共有者間の法律関係をすべて債権関係とし、それが持分の特定承継人を拘束するのは民法二五四条という特則によるとするのではなく、共有関係の当然の帰結とするためには、たしかに山中博士がいわれるように、共有者の間に管理共同体が成立していると構成する以外に道はないように思われる。しかし、共有持分の特定承継人が既住の意思決定に拘束されることを説明するためには、その前提として、持分譲渡人は彼の持分についてなぜ自己の関与していない、あるいは自己の意思に反する他の共有者の意思に拘束されるのかを論証しておく必要があるのではあるまいか。けだし、共有物管理団体が既に存在し、共有者がその構成員になつていたのであれば、彼が団体の意思決定に拘束されるのは当然であるが、当面の問題は単に団体構成員の自由が制約されることにあるのではなく、彼の有する共有持分は一個の所有権とされるにも拘らず、団体的制約を受け、したがつてその特定承継人はそのような制約を受けた持分を承継する所以を論証しなければならないからである。

にも拘らず、山中博士はこの点を深く追求されてはいない。そのために、一方では共有者間における意思決定が共有持分の内容を物権的効力をもつて画定するが故に、共有持分譲受人もこの決定に拘束されるとする説に対して

は、この意思決定は債権的効力をもつのみで物権的効力をもつものではないとされながら、他方では、この意思決定は債権的効力しかもたないから、共有持分の特定承継人を拘束しないとする説に対しては、ローマ法的アナロジーを止揚せんとする近代法の発展方向に反するだけでなく、結果も妥当ではないとして反対される<sup>(二七)</sup>。

それでは、山中説において債権的効力しか有しない共有者間の意思決定は、どのようにして持分の特定承継人を拘束しうようになるのであろうか。この難題を解決するために、博士は共有者の間に共有物の管理共同体が成立することを認められるわけであるが、共有者の間に管理共同体を成立させる合意があるわけではない。したがって、私見のように民法は管理共同体の成立を擬制していると解するにしても、ただ単に管理共同体の成立が擬制されているというだけでは、もともと債権的効力しか有しておらず、持分の内容を物権的効力をもって画定しえない意思決定が、どうして持分の特定承継人を拘束しうるのかという問題に対して、何ら有効な解答とはなりえない。

この問題に有効な解答を与えるためには、共有者は共有管理共同体に何を出資した(と看做される)のかを問う必要がある。しかし、山中博士はそのような問題設定をする代りに、共有者間の意思決定が登記された限りにおいて物権的効力を認めるのは立法論的にすぎているとして、ドイツ民法に憧憬の念を示されるにすぎない。そして、ここには、二重譲渡論において見られた発想、即ち債権が登記によって物権になるとされる考え方に通じるところがあるように思われる<sup>(二八)</sup>。

注 (二七) 山中・前掲「注八」五二頁以下・六一頁以下。

(二八) 山中・前掲「注八」五四頁・五七頁。

(二九) 山中・前掲「注八」五五頁以下。

(三〇) この点は、フランス民法の共有法理では階層区分建物の共用部分に対する持分を拘束するには共有者全員の同意を要するところから、この難題を避けて、多数決で決定しうるようにするために、フランスの区分所有法が区分所有者団体の当然成立を規定した手法と相通じるところがある。右のフランス区分所有法が用いた手法については、星野英一「管理組合」

民法論集六卷「有斐閣・一九八六年」一六〇頁以下（初出「研究会・区分所有建物の管理の現状と立法の課題（9）」N B L二二二号「一九八〇年」）。

（一八） 山中・前掲「注八」五七頁。一部同旨、新田・前掲「注二三」法研四七卷二二号四八頁・五七頁。

（一九） ドイツ民法や住居所有権法はこの方向を採っているが（前掲「注一六九」参照）、住居所有権について集会決議や管理規約の物権化の方向を更に進めんとする見解があることについては、第四章で触れる。

（二〇） 山中博士の二重譲渡論については、拙稿・前掲「注二二」佐賀二三卷一号一一三頁・一二一頁、佐賀二三卷二号八五頁参照。

一六 右の山中説の難点を解決するために、共有物についての債権は持分の特定承継人に対しても行使しうるとされている結果、特定承継人は当然に管理団体に編入され、一種の状態債務として法律上当然に承継されることになると構成する見解がある。<sup>（二一）</sup>しかし、ここで民法二五四条を援用するのでは、問題の出発点に戻ることになり、共有持分に対する制約は債権的効力しか有しえず物権的効力を有しえないはずなのに、どうして持分の特定承継人に対しても効力を有するようになるのか、という点の理由づけに欠けたままである。のみならず、民法二五四条に基づいて持分の特定承継人に対しても債権を行使しうるが故に、この特定承継人は当然に管理団体に編入されるとするのでは、本末が顛倒しているといわざるをえない。

要するに、山中博士がドイツ民法の共有理論を、わが民法の解釈に積極的に採り込まんとされたのは、民法二五四条がドイツ民法第二草案の影響を受けていることを考えると、単に説明の便宜のために外国法の理論を借用したのではなく、立法の沿革に立ち帰らんとする試みであったということが出来る。しかし、共有者の管理共同体を認めるだけでは、共有持分が団体意思に拘束される所以を説きえないのも当然のことであり、これを解くためには共有物管理共同体と各共有者の共有持分の関係を明らかにしなければならない。つまり、管理共同体の成立が擬制さ



れることにより、共有物の管理に必要な限度において、共有持分に内在している諸権能の一部（管理権能、さらには使用権能）の現物出資も擬制され、したがって諸権能の一部は管理共同体に帰属し、その具体的内容は団体の意思が決定するが故に、各共有者の持分権にはそのような負担が付いており、持分の承継人もそのような負担の付いた持分を承継すると構成する必要がある<sup>（一七）</sup>。

なお、山中博士は民法二五三条二項は管理共同体の存在に基づく<sup>（一八）</sup>とされる。本項は民法上の組合において組合員としての義務を履行しない者を除名したけれども、持分払戻をするための資金がないために、残存組合員が追出資をし、その出資金を持分払戻に充当する代りに、追出資をした組合員の持分率を引き上げるのと結果的に似たところがある。しかし、共有物の管理共同体においては、共有持分そのものは出資されていないから、出捐義務を履行しない共有者を除名したところで、除名された者の共有持分が団体的制約から解放されて、無制約の状態になるだけである。つまり、共有者の一部を管理共同体から除名すれば、共有者全員で共有物を団体的に管理することは出来なくなり、除名された者については共有物の分割をした上で差押え、換価することによって債権を回収するほかはない。あるいは、除名をしないまま共有持分を差押え、換価した上で債権を回収することも考えられるが、除名をする場合の煩雑な手続を完全に回避できるわけではない。したがって、このような不都合を避け、残りの共有者のみで従来どおりの管理を継続するために、他の共有者に持分買取り権を認めて、義務不履行者を排斥する途を拓いたのが民法二五三条二項である。本項が管理共同体の存在に基づく<sup>（一九）</sup>というのは右のような趣旨に解すべきであり、管理共同体が存在するからといって、持分買取り権が当然に発生するわけではない。

ところで、わが民法はドイツ民法に比べて管理共同を認める範囲は狭いにも拘らず、共有物の変更・処分や分割の特約についても管理共同関係を認められる山中博士の見解は、わが民法の共有の法的構造を正しく認めているとはいえないとする批判がある<sup>（二〇）</sup>。共有物の分割に関して第十一節で述べたように、共有物を処分するためには処分

権をもった共同体を形成する必要がある、単なる管理共同体は原則として共有物の処分を行うことはできない。しかし、腐敗物や腐敗し易い物の処分は保存行為に当るとされていることから判るように、共有物の処分を無条件に管理共同体の事業目的に含めることが適切でないであつて、山中博士が「共有関係を維持しつつ」共有物を処分すると限定されているのは、右のような処分に限るといふ趣旨であらう。だとすれば、この点に関する山中説批判は妥当でないことになる。

共有物の変更、即ち共有物の原形を留めながら物質的形状を変えたり、用途を変えることも、山中博士のいわゆる「広義の管理」に含まれるからこそ、二五三条一項の「管理の費用」には共有物の変更に要した費用も含むと解されているのではあるまいか。だとすれば、この点についても山中説はわが民法の予定する以上に広い範囲で管理共同体を認めているとはいひ得ない。それよりも、むしろ問題があるとすれば、山中博士は処分を変更と同一に取扱つたり、両者を明確に区別しない通説に従われるように見受けられる点にある。というのは、物の消費や毀損・取壊し・譲渡・放棄のように、従前の支配の客体の物理的存在を消滅させたり、占有すべき権原を消滅させることによつて、排他的支配権を完全に失う事実上・法律上の処分と、物体の同一性は維持している変更とは区別しておかないと、管理共同体として行いうる事項なのか、処分共同体を形成して行ふべき事項なのか不明確になるおそれがあるからである。

次に、共有物を分割しない特約は管理共同関係を継続する合意であるから、この合意がなされれば、それまでの擬制的な管理共同体は合意に基づく管理共同体となるだけのことであつて、管理共同体の同一性が失われるわけではない。ただ、不分割の合意をすれば、その期間は、共有持分権に内在する処分権能の変形物である分割請求権の行使も制約を受け、管理共同体から離脱しえないという制約を受ける点が異なるにすぎない。とすれば、この問題に関しても、右の山中説に対する批判は的を射ていないことになる。

注(二六) 横・前掲[注六]五六頁以下。

(二七) この共同体は団体構成員としての持分(例えば利用持分)については、その内容を具体化することはできるが、共有持分の内容を規定する権限は有しない。とすれば、前掲[注一六八]の説のように、共有者間の意思決定や特約を共有持分の内容と解することはできない。

(二八) 山中・前掲[注八]六一頁。

(二九) 山中・前掲[注八]五四頁・五九頁・六三頁。

(三〇) 玉田・前掲[注七]法論四〇巻三号一一七頁以下。

(三一) 前掲[注二三]の梅・一九六頁、三瀧・一三八頁、横田・三九三頁、松岡・五八二頁。前掲[注二四]の末弘・四二四頁、勝本・一五三頁。前掲[注六]の広中・四二八頁、星野・概論II一三五頁。猪瀬慎一郎「共同相続財産の管理」現代

家族法大系5 [有斐閣・一九七九年]六頁。Vgl. Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 21, 35 u. 37 zu § 744 (S. 82, 86 u. 87); Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 35f. u. 38 zu §§ 744, 745 (S. 876ff.); Hadding, a.a.O. [N. 8], Rz. 4 zu § 744 (S. 246); Erneccerus-Lehmann, a.a.O. [N. 8], S. 766.

(三二) 山中・前掲[注八]五四頁・六三頁。

(三三) 前掲[注一五〇]参照。なお、区分所有者団体は管理組合とか管理団体と呼ばれているが、この団体の「管理」権は一定の処分行為をも含む最広義の管理行為をなすことができ(前掲[注一五〇]参照)、区分所有者団体は民法の共有物管理共同体と、合名会社や株式会社のような収益・処分共同体の中間形態である(一部同旨、横・前掲[注一六]一九四頁以下・二〇一頁。なお、横・前掲[注六]一五二頁以下)。

(三四) 前掲[注二三]の石田(文)・物権法論四八九頁、同・大要一〇二頁、新田・議義2二五八頁。前掲[注二四]の末弘・四二六頁、舟橋・三八四頁。前掲[注六]の稲本・三〇八頁、星野・概論II一三六頁。

(三五) 前掲[注二三]の梅・一〇三頁・一九四頁、富井・九三頁・一六七頁以下、岡松・一四八頁・二二四頁、三瀧・一三六頁、川名・五七頁、横田・二七七頁・三八九頁、石田(文)・物権法論四八八頁・四八九頁、同・大要一〇一頁、松岡・三〇九頁、岩田・七三頁、平野・一一五頁、末川・三二三頁、柚木・四八〇頁、柚木・四四二頁・五六六頁、林・一三六頁、新田・講義2二五七頁。前掲[注二四]の末弘・四二三頁、近藤・要義八三七頁、我妻・二一五頁(但し、我妻Ⅱ有泉・三二三頁は処分は変更に当たるといよりは、全員の持分権の処分に当たるとされる)、舟橋・三七八頁・三八四頁、石田(喜)・物権法七九頁、同・口述二一七頁。前掲[注六]の稲本・三〇八頁、星野・概論II一三六頁。鈴木・前掲[注

八〕二七頁、於保・前掲〔注三二〕一二九頁。

なお、二五一条の変更には共有に属する権利そのものの変更、あるいは法律的な変更としての処分は含まれないとする見解として、中島・前掲〔注二三〕四四四頁、広中・前掲〔注六〕四二八頁、川井・前掲〔注三三〕三三二頁。

(一六) 山中・前掲〔注八〕五三頁・五四頁・六三頁。

(一七) 管理共同体の同一性という点では、区分所有法三条の団体が法人になる場合(区分四七条)と似ている。

(一八) 不動産の共有の場合、この制約は共有持分の負担の変更として対抗要件たる登記を要する。稲本・前掲〔注六〕三一頁、広中・前掲〔注六〕四三五頁・四四〇頁は、この制約は物権の変更、ないし持分権の変更であるから、第三者に対抗するには登記を要するとされる。

一七 さて、私見のように「事業」概念を極めて緩やかに解し、一回限りの共同購入や共同販売を共同事業とし、さらに共有物の管理をも共同事業に含めるのであれば、共有と合有(合手組合有)とはどこが異なるのであろうか。共有物の管理共同体を収益・処分共同体(営利組合)と比べれば判るように、後者の場合には共同事業体に所有権が帰属しており、各構成員は総持分と業務執行権を有するが、共有持分は有していない。けだし、共有持分そのものを出資したからである。これに対して、共有物の管理共同体においては、各構成員は共有持分そのものを出資しているわけではなく、共有持分は留保した上で、共有持分に内在している管理権能(さらには使用権能)を出資しているにすぎない。それだからこそ共有持分を譲渡したり、担保に供する自由があり、さらに共有物分割請求権、即ち管理(利用)共同体から離脱して、団体的制約から解放された単独所有権へと転化する権利もあるわけである。したがって、共有者の間に共有物管理(利用)共同体が形成され、あるいは民法によつて擬制されたとしても、共有と合手組合有の本質的な差異が消失するわけではない。とはいえ、共有物管理共同体も共同事業体である以上、共有者の間に共有物を共同で管理する意思が形成され(あるいは民法によつて擬制され)、管理権能は共有者全員、

即ち管理共同体に帰属しており、その限りでは活動単一体としての合手共同体の法的構造を有している。例えば、共有物の保存や改良を第三者に依頼する際に、共有者全員の名で、あるいは管理共同体の名で契約をすれば、保存費ないし改良費の支払債務は共有者全員の合手債務となり、相手方に債務不履行があれば損害賠償請求権は共有者全員の合手債権となる。また、右の契約を一部の共有者の名で行った場合には、法形式的には一部の共有者が債権・債務関係の当事者となるが、管理共同体構成員との間では内的組合と同様の関係に立つことになる。<sup>(一七)</sup>

とすれば、共有と合有は所有の主体を異にした異質の共同所有形態であるにせよ、フルーメのように持分共同体と合手共同体は、同じ「共同体」として比較することはできない、<sup>(一八)</sup>というほど異質なものとすることはできない。かといって、共有においても共有者全員が権利主体である点では合有の場合と異ならないとする見解は、一物一権主義に拘泥しすぎて、両者を必要以上に同一視し、その本質的な差異を見逃している。例えば、わが国でこの説を支持されている服部博士は、共有者全員で物を所有、ないし支配するが故に、全員で管理し、変更や処分をするとして、従来の学説のように共有持分の独立性に関連して権利帰属を個人主義的に説明するのは必ずしも正当ではないとして、共有持分を物の支配へ参加する地位、ないし参加の程度と解し、合有と共有の違いを人的結合関係が第一次か第二次かという点に求める<sup>(一九)</sup>のでは、共有物管理共同体を必要以上に処分共同体に近づけて構成することになる。その結果、共有と合有の決定的差異は、支配の客体が単一の物なのか複数の物や権利から或る財産なのか、という表面的なところに求められ、物の処分権の所在の違いは無視され、したがって分割請求権の有無<sup>(二〇)</sup>という違いは軽視され、共有持分権が所有権としてもつ特殊性も把握しえなくなっている。

なお、管理共同体の管理活動に関して活動単一性、したがって権利主体性を認めることは、共有者の内部関係を理論的に解明し、他の合手共同体（民法上の組合や区分所有者団体）との区別・連関性を明らかにする上では有用であつても、実際上の意義はないであらう。けだし、管理共同体は管理の客体に対する所有権を有するわけではな

いから、団体債務につき団体の責任を追及しても無意味であり、構成員たる共有者の個人責任を追及するほかはない。また、擬制的な管理共同体はもとより、合意の下に形成された管理共同体においても、対外的な取引行為は予定しないであろうから、代表者の定めもないと思われるからである。

注(二六) 山本戸克己「必要的共同訴訟にあたらぬ事例」法時三四卷九号(一九六二年)九七頁・九八頁は共有者の「代表権限」という表現をされ、共有物の保存行為については各共有者に「代表権限」があるとされる。山本戸博士が共有者の間に管理

理共同体を認められるのであれば私見と通じるところがあるが、この点は不明である。

なお、ドイツでは保存行為をするのは個人権とされているので代理権は問題にならないし、管理行為についても通説は代理権を認めないが、その背後には少数派の協力義務によって解決しようとする考え、さらには管理行為の範囲が広く、共有物の賃貸借契約や売買などの処分行為も含まれるために、少数派の個人財産による直接責任を認めるべきではないとする配慮が働いている(Vgl. Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 31ff. zu § 744 (S. 85f.) u. Rz. 27ff. zu § 745 (S. 100ff.); Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 26 zu § 744, 745 (S. 872f.); Hadding, a.a.O. [N. 8], Rz. 6 zu § 744 (S. 247) u. Rz. 9 zu § 745 (S. 249); Plume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 205f., Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 116f.).

(1100) Plume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 201; Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 112.

(1101) 服部・前掲[注八]五七頁注(21)° Vgl. Buchda, a.a.O. [N. 8], S. 292ff. u. 314; Fabricius, a.a.O. [N. 8], S. 139ff. u. 143ff.

(1102) 服部・前掲[注八]五七頁注(21)° Vgl. Larenz, a.a.O. [N. 8], Jher. Jb. 83, S. 154ff. insb. S. 164f.; Derselb, a.a.O. [N. 8], SR II, S. 322. なお「ラーレンツは社会法規範に基づいて規定される人的結合の関与者の地位は団体構成員に似た関係である」とするが(Larenz, Jher. Jb. 83, S. 143)「フンダやファブリキウスは共有持分を構成員たる地位とする」(Buchda, a.a.O. [N. 8], S. 295 u. 298; Fabricius, a.a.O. [N. 8], S. 144. dagegen: Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 3 zu § 741 [S. 821]). また「三藩・前掲[注三]一二九頁以下は、共有者の持分を法律上の地位とされ、同・一三二頁は共有持分と株式は同じ性質のもの」とされる。なお「林・前掲[注三]一三七頁は、持分は共有の内部関係までを含めた全体の価値支配に対する割合ともいえる面をもつとされるが、服部説に通じるところがあるように思われる。」

(1103) 服部・前掲[注八]五七頁注(21)° Vgl. Buchda, a.a.O. [N. 8], S. 312f.; Fabricius, a.a.O. [N. 8], S. 145.

なお、持分共同体(ないし共有)と合手共同体(ないし合有)の違いを「その支配の客体が一個の権利(ないし物)な

のか、多数の権利より成る財産からの違いに求めるが、<sup>165</sup> ユーイングの通説による。Vgl. Larenz, a.a.O. [N. 8], Jher. Jb. 83, S. 165; Derselb, a.a.O. [N. 8], SR II, S. 319f.; Derselb, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1975, S. 259f.; Bauer, a.a.O. [N. 8], S. 15f.; Derselb, a.a.O. [N. 30], Rz. 1 vor § 1008 (S. 509); Esser, a.a.O. [N. 22], S. 441f. u 741; Esser-Schmidt, a.a.O. [N. 8], S. 632; Filkentscher, a.a.O. [N. 8], S. 617f., v. Tuhr, a.a.O. [N. 30], S. 78ff.; Eichler, a.a.O. [N. 30], S. 150; Stürner, a.a.O. [N. 30], Rz. 1 vor § 1008 (S. 789); Wolff-Raiser, a.a.O. [N. 30], S. 353; Westermann, a.a.O. [N. 30], S. 125f.; Westermann-Gursky-Pinger, a.a.O. [N. 30], S. 181f.; Schulze-Osterloh, a.a.O. [N. 47a], S. 131f.; Medicus, a.a.O. [N. 86], S. 217f.

この通説に対して、持分共同体と合手共同体は本質的に異なつた制度とするフルーメは、<sup>166</sup> 一個の権利のみが合手に属することもあるし、特別財産の上に共有が成立することもあるのび、このような違いは種の違ひ *differentia specifica* ではないとする (Flume, a.a.O. [N. 55], ZHR 136, S. 201; Derselb, a.a.O. [N. 55], Allg. I, S. 112f., 247<sup>167</sup> 一〇六土地の共有しない合手 (なごし組合) も可能である見解として Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 154 zu § 741 [S. 49]; Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 5 zu § 741 [S. 821])<sup>168</sup>。そして、客体の違いは共同体の本質を変えらるものではないから、合手を財産共同体とするのは、これを持分共同体と等置することになると批判する (Flume, ZHR 136, S. 199; Derselb, Allg. I, S. 111)。<sup>169</sup> ナンマーは組合と持分共同体の違いは財産の数の違いではなく、権利の種類と内容の違いだとする (Ulmer, a.a.O. [N. 99], Rz. 10 vor § 705 [S. 7])<sup>170</sup>。

## 共有と合有 (二)

一八 共同目的を達成するための事業共同体が存在しているか否か、を基準にして共有と合有を区別する見解を疑問とされる山中博士は、<sup>171</sup> 共有は複数の所有権の客体が同一物である限りにおいての共同関係にすぎないのに対して、経営共同体に関して共有持分権の諸権能の停止や制限が物権的効力をもって規定される場合が合有であり、経営共同体の態容如何により持分権の停止や制限はいろいろでありうるから、合有はあらゆる場合に一樣の形式的内容をもつものではないとされる。その上で、共有は共有者間の特定の共同目的を達成するための共同関係が成立しているかどうかということを全く抽象しきつた構造を与えられており、共同関係がない場合と、ある場合とに共通する

法規範原理であり、共同所有法における抽象的・一般法であるのに対して、合有は具体的・特殊法であらねばならないとされる。<sup>(100)</sup>

共有は所有の目的物を同一にすることによる共同關係にすぎないとされる点はもとより、合有は一樣の内容をもつものではないとされる点については、異存はない。けだし、合有は特定の法制度ではなく、種々の法制度に見られる法原理であり、極めて弾力的な内容のものといわれているからである。<sup>(101)</sup>そして、共有者間に共有物管理共同體が形成されているにすぎない場合や、民法によつて管理共同體が擬制される場合には、その管理の対象物に対する所有權は各共有者に留保されているとする私見からしても、共同目的を達成するための共同關係が成立しているからといって、必ずしも分割請求權や持分讓渡の自由が物權的効力をもつて否定された合有という所有形態をとるわけではない。したがつて、山中博士が共有は共同目的の有無を問わず共通する法規範原理であるとされる点は、右に述べたような意味において肯ける。

しかし、營利組合が購入した原材料を用いて商品を製造し、販売する場合や、本章で検討した共同購入の例、共同販売の例を見れば判るように、これらの場合、所有權は合手組合に歸屬しており、共有持分權の諸權能が物權的効力をもつて停止、あるいは制限されるに止まるものではない。共有持分權に内在する管理・使用權能のみならず、処分權能さえも事業共同體に出資される必要があり、所有權は事業共同體に歸屬する代りに、共有持分權は組合員の總持分と業務執行權という姿をとつて止揚されている。<sup>(102)</sup>

これに対して、共有物の管理共同體においては、團體は共有物の管理權能を有するのみで処分權能は有しておらず、この処分權能は各共有者に分割請求權という形で残されており、全共有者が処分共同體を形成しなければ共有物の処分はなしえない。

つまり、共有と合有では共同體が支配対象物を処分しうるか否かという違いがあるが、それは所有權の歸屬主体



を異にしているからに他ならない。だとすれば、共有は共同所有における抽象的・一般法であり、合有は具体的・特殊法であるという位置づけをなすいうかは疑わしい。<sup>(101)</sup>むしろ、共有も共有物の管理に関して、活動単一体としての合手共同体の構造になじみうるが、合有が合手共同体の所有形態であるのに対して、共有は所詮、個人法レベルにおける共同所有形態の域を脱しえない。したがって、分割請求により管理共同体の制約から完全に離脱しうるし、管理共同体の制約の下にあつても持分を自由に処分するという本質的な違いを重視すべきであり、共有は合有をも包摂しうるような共同所有法における抽象的・一般法とはなしえない。

要するに、ゲルマン的・前近代的な共同所有形態である合有の市民社会化は、共有としてその基礎構造を形成するとともに、共有の持分権の諸権能や諸効果を合有的に制限することにつきるとし、組合の共同所有においても、物権法的には根本において共有があり、持分処分禁止と分割請求の否定という二点において、共有に対する合有的な修正がなされているにすぎず、それ以外の点では共有に対する債権法的な修正否定があるにすぎない、<sup>(102)</sup>というのが山中博士の合有論の骨子である。この見解は共有と合有を同質の共同所有形態とする通説に立脚したものであるが、そのような通説による限り、共有と合有の違いは人的結合関係の有無に由来するというほかはないはずである。しかし、山中博士はこの見解を受容されなかった。この結論は妥当であるが、その結果、共有と合有の区別は曖昧になってしまった。

共有と合有の違いは、共同目的を達成するための人的結合関係の有無のみに由来するものではないとすれば、両者の違いは何に由来するのであろうか。既に述べたように、私は共同所有者が共同体に何を出資するのか（出資したと擬制されるのか）の違いに由来すると考える。つまり、所有権に内在する管理権能（さらには使用権能）のみなのか、処分権能、したがって共有持分そのものをも出資するのかという違いが、管理（利用）共同体と処分共同体における客体の帰属形態の違いをもたらし、共有＝複数の個別的所有と合有＝合手組合有という共同所有形態の

違い、したがって所有の主体の違いをもたらしているのではないかと考える。

山中博士は法人格なき社団の法主体性を認められる点において、従来の通説よりも一步前進されている。しかし、社団と組合を峻別して、組合は個人間の契約関係に止まり、社団のような団体ではないということで、その法主体性を認められない。したがって、従来の通説と同様に、民法上の組合は法人ではないということで、法形式上は組合員を権利・義務の主体と認め、組合員の共同所有と解さざるをえない以上、組合員の共有持分をも認めざるをえないことになり、共有と合有は同質の共同所有形態であるとする呪縛から解放されることも出来なくなっている。

かくして、通説と私見では法人論や合有論を異にするだけでなく、共有論にも大きな違いが見られるが、これらの違いは互有や区分所有建物の共用部分や土地の所有形態、ないし借地権の帰属形態をどのように構成するかという場面における違いにも連なってくるが、この問題については第四章で検討する。

注(104) 山中・前掲「注八」二八頁以下、五〇頁以下・六七頁以下。なお、高島・前掲「注六」早法六一卷三―四合併号一三三頁は、共有は団体性の有無、内容のいかんとは別に、主体的・合理的・技術的な観点から適切な対内的・対外的規制をつくり出そうとする制度であり、団体の実在に直接対応せず、合理的・主体的な技術的処理の手段たる性格をもっていたとされる。

(105) この点については、拙著・前掲「注二」五七頁注(1)・注(2)・二四六頁注(2)・注(3)に掲げる文献のほかに Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 144f. zu § 741 (S. 47); Westermann, a.a.O. [N. 30], S. 125f.; Westermann-Gursky-Pinger, a.a.O. [N. 30], S. 182.

(106) 拙著・前掲「注二」三五頁・三七頁。Ähnlich: Huber, a.a.O. [N. 40], S. 117ff.; Wiedemann, a.a.O. [N. 8], S. 255.

(107) 結果同旨、横・前掲「注六」五八頁以下。

(108) 一部同旨、平野・前掲「注七」一一五頁。なお、来栖・前掲「注一九」八六頁。

(109) 山中・前掲「注八」七五頁以下・一〇一頁以下。

(二九a) 前掲「注六」参照。

(三三〇) 山中・前掲「注八」七三頁以下・八〇頁以下・八四頁・一〇二頁。なお、このような考え方が通説であるが、この見解に立つ学説については、拙著・前掲「注二」四三頁注(5)参照。

〔未完〕